

EUGENIO RAUL ZAFFARONI

DOUTRINA PENAL NAZISTA

A dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945

Tradução e Comentários
Rodrigo Murad do Prado



tirant
lo blanch

TEORIA





Copyright© 2019 by Eugenio Raul Zaffaroni & Rodrigo Murad do Prado

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

Z22 Zaffaroni, Eugenio Raul
Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã
entre 1943 a 1945 [livro eletrônico] / Eugenio Raul
Zaffaroni ; tradução Rodrigo Murad do Prado. – 1.ed. –
Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2019.
1Mb : ebook

ISBN: 978-85-9477-324-1

1.Direito Penal. 2. Nazismo. 3. Leis penais. 4.
Racismo jurídico nazista. I. Título.

CDU: 343.2(430)

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com/br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Eugenio Raul Zaffaroni

DOCTRINA PENAL NAZISTA

A DOGMÁTICA PENAL ALEMÃ ENTRE 1933 A 1945

Tradução e Comentários
Rodrigo Murad do Prado



Teoria

Florianópolis
2019

NOTA DO TRADUTOR

Este livro tem por objetivo demonstrar que foi através do Direito que o nacional-socialismo colocou em prática, de forma progressiva, todas as políticas de purificação racial, alijamento de pessoas e, por fim, extermínio dos estranhos à comunidade, eclodindo o que conhecemos como sendo o holocausto.

O Nazismo é um dos regimes totalitários mais estudados no mundo em razão das atrocidades praticadas contra seres humanos. Hitler colocou em prática sua ideologia nacionalista germânica por meio da política e também do direito. O III Reich surgiu baseado no Estado de Direito embora em patente desrespeito ao que conhecemos hoje como direitos humanos. A sã consciência do povo alemão foi erigida a princípio jurídico de direito penal em patente supressão à anterioridade da lei penal e o estabelecimento de um tribunal de exceção denominado Tribunal do Povo, comandado pelo juiz nazista Roland Freisler, demonstrando que o direito esteve sintonizado com a banalidade do mal. O professor Eugenio Raúl Zaffaroni nos brinda com o estudo da dogmática penal vigente nos anos do nacional-socialismo (1933 a 1945). A ascensão de regimes de extrema direita no mundo fazem com que ecoam argumentos já utilizados por regimes totalitários na Itália e na Alemanha para justificar políticas públicas repressivas e violadoras dos direitos humanos e, por isso, o estudo do que foi praticado no Nazismo é tão importante e, ainda, infelizmente, atual.

A obra tem foco nos bastidores sociais e jurídicos que influenciaram e deram estrutura ao regime nacional-socialista, estudando o pensamento dos juristas da época e a compreensão do direito penal vigente naquele tempo e legitimador de tudo o que ocorrera de assombroso. As pessoas eram punidas por sua origem genética, sua ascendência, sua forma física, seus defeitos, seus princípios, sua forma de pensar, suas preferências, sua crença e ideologia, não havendo nenhum ato que extravasasse isso no mundo dos fatos pois isso ou era uma condição física que não dependia da vontade da pessoa ou se restringia ao pensamento não exteriorizado. Por isso, surgem as indagações: Quais as especificidades do rígido, desarrazoado e tosco subjetivismo nazista?

A resposta que encontramos é a de que operou-se, na época e em

nome dos ideais de supremacia racial, uma aplicação do Direito Penal como instrumento de aniquilação dos indesejáveis, dos denominados estranhos à comunidade nacionalsocialista alemã, um Direito Penal da Voluntaridade. Punia-se o que fosse propenso a provocar desestrutura no regime.

O direito penal atuava de forma extremamente preventiva, punindo-se a cogitação em patente desrespeito ao princípio da ofensividade ou alteridade. Adotavam-se as teorias sintomática e subjetiva da tentativa que preconizam, respectivamente, sem síntese, que o fundamento de punição da tentativa concentrava-se na análise da periculosidade do agente punindo-se os atos preparatórios e a vontade criminosa, desde que propensa e/ou nítida. Como o objetivo é punir aquele que está em vias de manifestar ou manifesta vontade contrária ao direito, a tentativa se equivaleria ao delito consumado por antecipação.

Hitler criou um Tribunal do Povo, que era representado pelo famoso juiz inquisidor Roland Freisler que pretendia estabelecer um “conceito geral de empreendimento” que, no “direito penal do futuro”, substituiria o conceito de ação e tornaria “a distinção entre tentativa e consumação sem importância”. O conceito de “empreendimento” (Unternehmung) se originara da alta traição (um delito que, se consumado, estaria impune – já que o traidor da véspera teria hoje o poder punitivo em suas mãos) e sua disciplina se expandiu para alguns outros delitos. Estava o “empreendimento” definido no § 11,6 do código de 1871, laconicamente: “empreender um fato: sua tentativa e sua consumação (Unternehmen einer Tat: derem Versuch und deren Vollendung)”. Nos delitos de empreendimento, portanto, a equivalência entre tentativa e consumação impediria qualquer mitigação obrigatória da pena quando o resultado se frustrasse.

Em suma, punia-se a vontade, sem que houvesse alguma exteriorização dela no mundo dos fatos.

Há discussões atuais sobre a criminalização de manifestações; imposição de limites à liberdade de expressão; enrijecimento das leis penais; criação de mecanismos para aumentar a punição e o tempo dessa; reprimir o pensamento e até impor uma doutrinação, seja de direita ou de esquerda, dentre outras ações.

Indagamos: - É esse o futuro do Direito Penal? Se for, salve-se quem puder!

Rodrigo Murad do Prado

Varginha-MG, abril de 2019.

SUMÁRIO

PRÓLOGO.....	11
APRESENTAÇÃO	19
CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	21
A. A IMPORTÂNCIA DA DOGMÁTICA PENAL DA ALEMANHA DE 1933-1945 NA DOCTRINA LATINO-AMERICANA.....	21
1. A dogmática penal sempre é histórica.	21
2. O encapsulamento da dogmática..	22
3. A elaboração do <i>direito penal humano</i>	23
4. A importância do tema na América Latina.	24
5. Não nasceu do nada nem foi um surgimento passageiro.	25
6. O direito penal humano como <i>crítico e defensor</i>	26
B. A ORIGEM INCONSCIENTE E REMOTA DA COSMOVISÃO.....	28
1. Nada é por completo novo.	28
2. Sociedade sistêmica e condicionamento biológico.	29
CAPÍTULO II	
O RACISMO JURÍDICO NAZISTA	31
A. ELEMENTOS DE ROMANTISMO JURÍDICO	31
1. Romantismo.	31
2. Os relatos do genocídio neocolonialista europeu.	33
3. A gestação do romantismo jurídico.	38
4. O delírio de Nicolai.	40
5. A história romântica do direito.	43
6. Os pseudoconceitos românticos.	44
B. A FIXAÇÃO ANTISSEMITA	47
1. A raça e as leis raciais..	47
2. O antissemitismo de Carl Schmitt.	51
3. Machismo e antissemitismo.	53
C. A VOLKSGEMEINSCHAFT	55
1. Paul de Lagarde e <i>a comunidade popular</i>	55
2. O extremismo idolátrico.	58
3. A fonte do direito.	60
D. A ETERNA TENTAÇÃO ROMÂNTICA.....	63
1. ROMANTISMO A DUAS PONTAS.....	63
2. Riscos atuais da <i>indiferença tecnocrática</i>	64
CAPÍTULO III - O MARCO INSTITUCIONAL NAZI.....	65
A. O ESTADO E A CONSTITUIÇÃO.....	65

1. A caracterização política.....	65
2. A discussão constitucional.....	67
3. O Estado total e o Estado do Führer.....	69
4. O <i>Führerprinzip</i> e o culto pessoal.....	72
B. A LIMITAÇÃO DO CÍRCULO DE PESSOAS.....	75
1. O partícipe do direito: a confusão terminológica.....	75
2. A elaboração sofisticada de Larenz.....	76
C. OS JUÍZES E O PODER PUNITIVO.....	78
1. Os teóricos do arbítrio judicial.....	78
2. A realidade judicial nazi.....	80
3. A autonomização policial.....	85
4. O tribunal do povo (<i>Volksgericht</i>).....	88
D. A LEGISLAÇÃO PENAL NAZISTA.....	92
1. O impulso legislativo dos primeiros anos.....	92
2. A legislação penal de guerra.....	96
3. A RADICALIZAÇÃO DO PERIGO BIOLOGISTA.....	98
CAPÍTULO IV - CONFUSÃO POLÍTICO PENAL.....	101
A. AS ORIGENS DA CONFUSÃO DISCURSIVA.....	101
1. Continuidade ou cesura no pensamento político-criminal?.....	101
2. A crítica a von Liszt confunde.....	104
3. Também confunde a <i>luta de escolas: Binding</i> liberal?.....	108
B. DISPARIDADE TEÓRICA SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL.....	110
1. Repressão como ordem única.....	110
2. A subjetivação em Gleispach.....	113
3. Entre Binding e Nicolai.....	114
4. A proteção contra os degenerados: Nicolai.....	116
5. E a criminologia?.....	118
C. O DIREITO PENAL DE VONTADE: APROXIMAÇÃO A UMA COERÊNCIA POLÍTICO CRIMINOSA PERVERSA.....	120
1. A aproximação ao mínimo de coerência.....	120
2. A função do direito penal e da pena.....	122
3. Direito penal de vontade e tentativa.....	125
CAPÍTULO V - O NAZISMO E A TRADIÇÃO NEOKANTIANA....	127
A. A PAX DOGMÁTICA COMO CIÊNCIA DURA?.....	127
1. A dogmática penal alemã chega a nós.....	127
2. O neokantismo penal alemão.....	129
3. Ordena-se ou cria-se?.....	131
4. Os valores <i>ordenadores</i> nazistas e a <i>guerra</i> dogmática.....	134
5. O neokantismo de Mezger.....	135

B. ALGUMAS REFORMULAÇÕES NEOKANTIANAS SEGUNDO OS VALORES NAZISTAS.....	138
1. A reformulação da culpabilidade normativa por Mezger.....	138
2. Dolo com <i>cegueira</i> em Mezger.....	141
3. Kohlasuch: outro dolo <i>cego</i>	144
4. A ilegalidade em Sauer.....	146
C. A ESCOLA DE MARBURGO.....	148
1. Um nazismo racional?.....	148
2. O irracionalismo é antigermânico?.....	150
3. Analogia, mas não muita.....	153
CAPÍTULO VI - KIEL: PROTAGONISTAS E IDEIA CENTRAL....	155
A. OS PENALISTAS DE KIEL.....	155
1. O que foi a escola de Kiel?.....	155
2. Dahm e Schaffstein: seus primeiros passos.....	157
3. Kiel e os anos posteriores.....	161
4. Dahm e Schaffstein no período pós-guerra.....	166
B. A IDEIA BÁSICA: O DELITO COMO VIOLAÇÃO DE DEVER.....	168
1. A superação da contraposição entre indivíduo e comunidade.....	168
2. Lesão ao bem jurídico, ao dever, disposição interna e traição.....	170
3. Consequências dogmáticas da ideia de lesão ao dever.....	174
4. Intensificação da exploração dos defeitos construtivos do neokantianismo.....	178
5. O bem jurídico é um conceito garantidor?.....	180
CAPÍTULO VII - KIEL E O INJUSTO.....	183
A. A QUESTÃO METODOLÓGICA.....	183
1. A crítica metodológica de Dahm.....	183
2. As garantias ideológicas.....	184
B. O TIPO E O DELITO.....	186
1. Dahm e sua crítica à teoria do delito.....	186
2. A irrupção do irracional.....	189
3. A função da pena e o direito penal da vontade.....	191
4. A demolição para a arbitrariedade.....	192
5. O juiz e o legislador.....	194
C. O TIPO DE AUTOR.....	196
1. Do fato ao autor: Erik Wolf.....	196
2. O TIPO DE AUTOR NORMATIVO DE DAHM.....	198
CAPÍTULO VIII - KIEL E A CULPABILIDADE.....	203
A. O TIPO DE AUTOR RESOLVE TUDO.....	203
1. A omissão da omissão.....	203
2. O tipo de autor como dogma.....	204

B. A NEGAÇÃO DA EXIGIBILIDADE.....	206
1. As duas etapas críticas: 1933 e 1938.	206
2. A pretendida inutilidade da exibibilidade.	207
3. Tampouco serve como fundamento para a supralegalidade.	209
4. A legitimação ideológico-política..	211
C. A DEMOLIÇÃO DA CULPABILIDADE.....	212
1. O esboço de uma teoria unitária do delito.....	212
2. A localização do dolo.	214
3. O tipo de autor abrange tudo.	217
4. O delito é só injusto?	220
CAPÍTULO IX - RECAPITULAÇÃO E REFLEXÕES.....	221
A. DOGMÁTICA CRIMINAL E SISTEMA POLÍTICO	221
1. A dogmática penal é potencialmente racional.	221
2. Cada sistema político exige uma construção científica do direito penal.	225
3. Toda construção doutrinária penal responde a um contexto político.	227
B. A COMUNIDADE DO POVO COMO INVENÇÃO IDEOLÓGICA	232
1. O sistema como sociologia e como ideologia política.	232
2. O objetivo: a reconstrução do <i>FORMICARIUS</i> de Nider.	234
3. A incorporação penal do conceito da comunidade do povo.....	239
4. Sobrevivem signos destas construções?	240
5. As realidades <i>DESUMANAS</i> atuais.....	242
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	245

PRÓLOGO

Muito se escreveu sobre o regime nacional-socialista que dominou a Alemanha de 1933 a 1945 nos últimos setenta anos, e é provável que continue se escrevendo mais ainda durante os próximos decênios e inclusive séculos. Aquele regime, de relativa curta duração, mas de grande importância em suas consequências, não afetou negativamente apenas a Alemanha, como também o mundo, provocando uma Segunda Guerra Mundial e uma subsequente Guerra Fria. Esta durou até quase o fim do século XX, dividindo o mundo em duas zonas geográficas e ideologicamente enfrentadas, sempre dispostas a desencadear uma nova Guerra Mundial de consequências ainda mais desastrosas que a anterior, com todo tipo de armas nucleares e de destruição em massas capazes de aniquilar a vida humana da Terra.

Naturalmente, aquele regime só pôde chegar a ser o que foi e a ter um poder onímodo capaz de conduzir toda uma nação até a derrota e à catástrofe final com a colaboração, muitas das vezes entusiasta, das suas principais mentes pensantes, políticos, cientistas, juristas, professores, artistas, entre outros; aqueles que formavam a elite da Ciência, o Direito, a Arte ou a Filosofia, e não só na Alemanha, mas também em nível mundial. Sem temor a cair em um erro, pode-se dizer que nenhum setor da elite cultural e científica ficou imune àquele vendaval que se impôs na sociedade alemã. Os poucos que se opuseram tiveram que sair do país, sobretudo os judeus que puderam escapar antes de serem eliminados nos campos de concentração e extermínio. Os que ficaram formaram uma espécie de “exílio interior”, também chamada “resistência”, embora, por razões óbvias, mais de caráter passivo que ativo ou militante.

É evidente que desse vendaval tampouco se livraram os juristas, tanto os encarregados na Administração de Justiça da aplicação das leis mais representativas, desumanas e repressivas do regime nazista, como os professores que explicavam e ensinavam essas leis nas Faculdades de Direito, elaborando construções e conceitos jurídicos afins com a ideologia do regime. No que respeita ao Direito Penal, já desde os primeiros momentos do regime nazista,

um grupo de jovens e ambiciosos professores integrados a que, posteriormente, chamou-se Escola de Kiel (Dahm e Schafstein), começaram a elaborar conceitos jurídicos teóricos que deviam servir de base e legitimar as leis e decisões políticas do novo regime de acordo com a sua ideologia. Tentaram, por exemplo, converter o Direito Penal em um Direito Penal de autor e da vontade, no qual a “atitude interna” e a “violação do dever de fidelidade ao Führer e ao povo alemão” constituíam a base do conceito material do delito. Não só eles, como também outros muitos prestigiosos cultivadores da dogmática penal, como Edmund Mezger, ou da Teoria do Estado, como Carl Schmitt, que já tinham exercido seu magistério na etapa política anterior da República de Weimar (1918-1933), começaram desde o primeiro momento, em uma mescla de oportunismo e afinidade ideológica, a adaptar as suas anteriores construções jurídicas à ideologia do novo regime. Converteram, por exemplo, a “vontade do Führer” na última fonte do Direito (“o Führer protege o Direito”, escrevia, por exemplo, Schmitt, justificando o assassinato maciço dos principais oponentes de Hitler dentro do partido nazista, na chamada “Noite das Facas Longas”); e atribuíram ao Direito Penal a função de “extermínio” dos chamados “estranhos à comunidade” ou “parasitas sociais”, entre os quais não somente eram incluídos os delinquentes habituais e os homossexuais, mas também os chamados *Untermenschen*, raças inferiores, especialmente os judeus — os primeiros a serem privados dos seus direitos com as Leis de Nuremberg e depois eliminados fisicamente nos campos de extermínio de Auschwitz e Treblinka. Neste âmbito, o mais prestigioso advogado criminalista daquela época, Edmund Mezger, que, na etapa política anterior, tinha escrito um magnífico Tratado de Direito Penal conforme os padrões da Dogmática Penal tradicional, não teve receio de elaborar novos conceitos como, por exemplo, ao substituir o requisito do conhecimento da ilegalidade como elemento do dolo, que tinha defendido anteriormente em seu Tratado, pelo conceito de “cegueira jurídica” que permitia impor a pena do delito doloso (que podia ser a de morte) a quem por sua “forma de condução de vida” (a “má vida” segundo os criminologistas clássicos) desconhecera os valores fundamentais da comunidade do povo alemão, entendendo que a esse só integravam os pertencentes à raça ária. A isso se acrescentaram outras construções jurídicas de autores como Henkel ou Maunz, os quais, no âmbito do Direito processual penal, rechaçavam a “presunção da inocência” e outras garantias do imputado no processo penal, ou que davam maiores poderes à polícia, como a Gestapo, minando a independência do poder judicial até o

ponto de excluir do seu controle as tristemente famosas SS, que só podiam responder pelos seus atos perante o Führer. Tudo isso contava naturalmente com o beneplácito dos líderes do regime nazista que premiavam os que desde as suas cadeiras e publicações defendiam essas ideias, outorgando-lhes vantagens e melhores possibilidades em suas carreiras acadêmicas ou, quando já estavam no topo delas, nomeando-os membros ativos de Comissões de reforma encarregadas de redigir as leis que refletissem estas ideias que, em seguida, eram levadas a praxe pela polícia e pelos órgãos encarregados da Administração de Justiça.

Nada disto pode ser negado hoje à luz das investigações histórico-jurídicas realizadas por um grupo importante de advogados criminalistas alemães, entre os quais se destaca, sobretudo, o professor da FernUniversität de Hagen, Thomas Vormbaum; e dos descobrimentos bibliográficos e documentários que puderam encontrar nos arquivos, em que, durante toda a etapa da Guerra Fria e da divisão da Alemanha em duas nações ideológica e politicamente separadas, escondiam-se cuidadosamente os chamados “armários dos venenos” (situados em escuros rincões, totalmente fechados), aos que só se podia acessar, quando se podia, com uma permissão especial da máxima autoridade acadêmica. A isso também contribuiu, com certeza, a queda do Muro de Berlim, o final da Guerra Fria e o paulatino desaparecimento por causas naturais dos principais juristas do regime nazista, que seguiram exercendo até sua morte, também no pós-guerra, um forte poder no mundo acadêmico a ponto de poder atrapalhar a carreira acadêmica de quem tivesse ousado realizar este tipo de investigações.

Felizmente, tudo isso passou à História e parece hoje em dia realmente impensável, ao menos na Alemanha, que alguém que investigue as fortes conexões que tiveram importantes advogados criminalistas cultivadores da dogmática penal com o regime nazista pudesse ser objeto dos ataques injuriosos e campanhas de desprestígio pessoal que tive que suportar. Isso ocorreu quando, a princípios deste século, e logo após ter sido outorgado pela Fundação Alexander von Humboldt da Alemanha o Prêmio Humboldt em Ciências Jurídicas, publiquei minhas primeiras investigações sobre Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo. Por isso considero especialmente importante este livro de Raúl Zaffaroni, que, com muito prazer, faço o prólogo, no qual, *sine ira et studio*, longe já das iradas, desmedidas e, às vezes, surpreendentes reações que provocou a publicação do meu livro sobre Mezger, realiza-se um estudo detido

não só dos conceitos e das construções doutrinárias elaboradas pelos principais teóricos da dogmática penal nazista, mas também das raízes profundas, filosóficas, teórico jurídicas, políticas e inclusive religiosas que determinaram a reconversão da tradicional dogmática penal alemã em uma dogmática a serviço da ideologia nazista e das suas principais aberrações jurídicas.

Raúl Zaffaroni é amplamente conhecido pelo seu grande trabalho como pesquisador do Direito Penal e pelos seus amplos, quase enciclopédicos, conhecimentos sobre a dogmática penal, à qual tem feito importantes contribuições por meio do seu Tratado de Direito Penal e de outras numerosas publicações. Mas, se de toda a sua obra tivesse que destacar algum traço especialmente relevante da sua personalidade científica, seria a consideração da dogmática penal em um plano, se for permitida a expressão, também “metadogmático”, quer dizer, que analisa os fatores de todo tipo que, ao longo da História, foram determinando a elaboração e construção sistemática das suas teorias e conceitos. Isso tem, do meu ponto de vista, a virtude de desmitificá-la como a ciência esotérica na qual alguns pretendem convertê-la, só acessível a mentes privilegiadas, encerrada em uma urna de cristal capaz de romper-se ao menor contato com a dura realidade que apresenta o exercício do poder punitivo do Estado e de outras instâncias que criminalizam e punem, tanto formais quanto informais. O que Zaffaroni chama o “encapsulamento da dogmática”, entendida como uma espécie de gramática jurídica universal por cima de qualquer condicionamento ou regime político, foi e tem sido sempre uma entelúquia que se revela ilusória quando, como aconteceu com a dogmática penal alemã entre 1933 e 1945, demonstra-se que ela esteve a serviço do regime político nazista, ao qual lhe brindou conceitos jurídicos que apoiaram suas decisões políticas e pretenderam legitimar uma praxe penal aberrante e desumana. Como Zaffaroni diz nas reflexões finais desta obra, cada sistema político exige uma construção científica do Direito Penal e toda construção doutrinária penal responde a um contexto político. E o marco institucional que o regime nazista oferecia à dogmática penal era a “vontade do Führer” e a pureza e higiene racial da “comunidade do povo” (*Volksgemeinschaft*), eliminando os elementos estranhos a ela (*Gemeinschaftsfremde*) e os membros de raças chamadas inferiores ou *Untermenschen*; e, para cumprir essa tarefa, dedicaram-se com entusiasmo, digno da melhor causa, os advogados criminalistas mais importantes daquela época.

Entretanto, como também diz Zaffaroni, nada disso era totalmente

novo nem foi passageiro, e houve construções teóricas anteriores que foram caindo em um irracionalismo conceitual bastante confuso e obscurantista, movido pelo ódio contra aqueles que consideravam pertencer a raças inferiores e pela ideia da supremacia da raça ária sobre todas as demais raças do mundo. Alguns exemplos são tão antigos quanto o *Formicarius* (“formigueiro”) de Nider, no século XV, e, logo no século XIX, o darwinismo social, a teoria da seleção da espécie, o romantismo jurídico que impregnavam a Escola histórica do Direito e o pan-nacionalismo do germanismo — e sobretudo o racismo e o antissemitismo, e o positivismo criminológico bio-racial —, as propostas de Von Liszt de “inocuidar” aos reincidentes, ou de Binding e Hoche, depois da Primeira Guerra Mundial, de eliminar os “seres desprovidos de valor vital”. Deu-se, assim, origem a um Direito Penal desumano e cruel a que a dogmática penal emprestou seu arsenal teórico e conceitual.

Sobre estas bases, Zaffaroni expõe em uma relação que, como ele mesmo adverte, não pretende ser exaustiva, mas sim suficiente, os marcos principais da evolução da jurisprudência do venerável Tribunal Supremo alemão, o prestigioso *Reichsgericht*, adaptado à nova situação política e a de alguns tribunais especiais, como o *Volksgericht* ou Tribunal do Povo — que foi criado para reprimir penalmente a dissidência política e que, sob a presidência do terrível “juiz sangrento” Roland Freisler, chegou a pronunciar milhares de penalidades de morte; e da legislação aprovada na época nazista, que, já em 1933, obrigava a esterilização dos portadores de enfermidades hereditárias (que Mezger propôs que se aplicasse também aos delinquentes habituais) e introduziram o internamento em “custódia de segurança” depois do cumprimento da pena para os delinquentes habituais, até as leis racistas de Nuremberg em 1935. Entre outras coisas, estas castigavam como “ultraje à raça” (ária) as relações sexuais de um judeu com uma mulher de raça ária, além de um sem-fim de leis de guerra que castigavam, por exemplo, com a pena de morte inclusive os menores de dezoito anos que cometessem qualquer delito aproveitando-se das circunstâncias da guerra.

Mas o centro de gravidade da investigação de Zaffaroni recai, principalmente, sobre os cultivadores da dogmática penal que puseram seus conhecimentos a serviço da ideologia nazista. Neste sentido, destaca a contribuição de Mezger, cuja postura considera, um tanto exageradamente, no meu entender, consequência inevitável da sua adesão à filosofia neokantiana, na moda entre os advogados criminalistas durante a etapa política

anterior ao regime nazista, dispostos, na opinião de Zaffaroni, a assumir qualquer ideologia que se apresentasse como um conjunto ou “astronomia” de valores aos quais deveriam render homenagem. O fato que isso não sempre foi assim é demonstrado pela figura de Gustav Radbruch, também advogado criminalista neokantiano e, durante uma época, Ministro da Justiça em um Governo socialdemocrata durante a República de Weimar, deposto da sua cadeira pelo regime nazista. No sentido contrário, estava a figura de outro importante advogado criminalista, Hans Welzel, que, sendo crítico com a filosofia neokantiana e principal protetor de uma concepção ontológica do Direito Penal apoiada em estruturas lógico-materiais inalteráveis pela vontade humana, não teve nenhum problema, ao menos em seus escritos iniciais, em assumir alguns dos postulados da moda entre os advogados criminalistas nazistas, como a subjetivação do conceito de injusto e a falta do valor ético social da ação como centro de gravidade da teoria do delito. Fora dessas discrepâncias com algumas das opiniões de Zaffaroni sobre a, segundo seu julgamento, nefasta influência do neokantismo em Direito Penal, não há dúvida de que, independentemente das razões por que estes advogados criminalistas se juntaram ao regime nazista, por oportunismo, ou por qualquer outro tipo de afinidade filosófica ou ideológica, um grande número deles, como Kohlrausch, Nagler ou Mezger, não tiveram o menor problema em colaborar com o novo sistema político e em adaptar as suas construções jurídicas a ele.

Entre estes advogados criminalistas, cabe destacar os que se integraram na chamada Escola de Kiel; um grupo de jovens juristas, não só advogados criminalistas, ambiciosos e entusiastas com o novo regime, a que decidiram outorgar todo seu apoio, desde as suas cadeiras recém-obtidas na Faculdade de Direito da Universidade de Kiel, destinada pelos dirigentes nazistas a ser uma espécie de “Faculdade de tropa de assalto” (*Stosstruppfakultät*) para introduzir o pensamento jurídico nazista nas vísceras da Ciência Jurídica alemã. Zaffaroni faz neste capítulo, no meu entender, o mais sobressalente desta obra, uma análise exaustiva das principais contribuições doutrinárias dos membros desta Escola à construção de uma teoria do Direito Penal em consonância com os postulados ideológicos do regime nazista. Junto a uma autobiografia de um dos seus principais representantes, Schaffstein, publicada, pela sua própria vontade, depois da sua morte, Zaffaroni expõe os avatares biográficos também do outro máximo representante da Escola de Kiel, Dahm, desde que publicaram conjuntamente um primeiro escrito

polêmico no qual sentaram as bases do que devia ser o novo Direito Penal autoritário do regime nazista, que depois foram desenvolvendo em outras diversas publicações durante a etapa em que conviveram como professores na Universidade de Kiel. Assim, foram surgindo conceitos como a violação do dever como núcleo do conceito de injusto na teoria do delito, a crítica ao conceito de bem jurídico, o Direito Penal do autor e o Direito Penal da vontade, a teoria dos tipos de autor, a hipervalorização do delito de omissão, como quebrantamento do dever de solidariedade entre os membros da comunidade do povo, a crítica à teoria de não acréscimo, como uma teoria que, na opinião de Schaffstein, “quebranta os ossos do Direito Penal”, a demolição do conceito de culpabilidade e inclusive de todo o sistema estratificado da teoria do delito, criminalização, ilegalidade, culpabilidade, substituindo-o por uma teoria unitária na qual haveria um só conceito de fato ilícito apoiado na violação de um dever, a admissão da analogia e do próprio sentimento do povo como fonte do Direito Penal, entre outros. É impossível, ou pelo menos não é este o lugar adequado para fazê-lo, expor essas teorias, que Zaffaroni submete a uma profunda e minuciosa análise, desconstruindo passo a passo seus postulados teóricos e ideológicos, mostrando assim o verdadeiro rosto do que foi uma dogmática penal comprometida com um regime político totalitário, cruel e desumano. É interessante destacar, e Zaffaroni assim o faz, que logo estas “vistas paralelas” seguiram caminhos diferentes. Schaffstein conseguiu voltar para a sua cadeira, na qual fundamentalmente se dedicou ao Direito Penal juvenil; e Dahm, depois de um período como decano da Faculdade de Direito da Universidade de Dacca, em Paquistão — bom lugar para ausentar-se do meio durante uma boa temporada —, voltou para a Universidade de Kiel, não como catedrático de Direito Penal, mas sim de uma espécie de Introdução ao Direito, sobre a qual também publicou algumas obras. Porém, nenhum dos dois voltou para defender, pelo menos em suas publicações, os conceitos e as teorias que tinham elaborado durante sua etapa na Universidade de Kiel, nem mostraram arrependimento pelo que tinham feito ou dito então. Mostraram, assim, uma frieza ou uma indiferença afetiva para as vítimas que tinha feito o Direito Penal do regime a que tinham servido com tanto entusiasmo; algo que também ocorreu com outros famosos advogados criminalistas que voltaram a ocupar as suas cadeiras e desempenharam postos importantes nas comissões de reforma do Direito Penal, já na etapa democrática, embora escurecida pela Guerra Fria. Receberam livros de homenagem em suas aposentadorias, e, se alguma vez alguém tivesse a ousadia ou o valor

de perguntar o que tinham feito durante o regime nazista, o único que faziam era encolher os ombros, em um significativo “que me registrem” ou em uma não menos significativa resposta a modo de desculpa “não fui eu, foi Hitler”; e aqui paz, e logo na posteridade, que não no céu, glória.

Não posso me deter mais em expor as muitas e originais contribuições que Zaffaroni faz nesta interessante monografia que ajuda muito mais que outras que tenho lido anteriormente no esclarecimento do que foi a doutrina penal nazista e a dogmática penal alemã entre 1933 e 1945. Interessa-me, entretanto, destacar, para terminar este já não breve prólogo, que algumas dessas construções jurídicas elaboradas pela dogmática penal na época nazista, como assinala Zaffaroni, sobrevivem na atualidade, embora disfarçadas com outros nomes e com distinta terminologia, como o demonstram algumas “realidades desumanas atuais”. Diante desse contexto, deve-se ter oposição, e nisso estou totalmente de acordo com o Raúl Zaffaroni, um Direito Penal humano apoiado na dignidade da pessoa e no respeito aos direitos humanos fundamentais. É importante lembrar, novamente, que as mais refinadas construções jurídicas podem ser, e de fato são, compatíveis com — ou podem acompanhar — a barbárie quando aplicadas à realidade. E disso o papel jogado pela dogmática penal alemã entre 1933 e 1945 é uma boa prova.

Francisco Muñoz Conde

Sevilla, 28 março de 2017

APRESENTAÇÃO

Este trabalho oferece um panorama geral da discussão na dogmática jurídico-penal alemã entre 1933 e 1945, que não pretende ser exaustivo, mas sim suficiente para a reflexão. O interesse se centra na doutrina dos advogados criminalistas da época e, portanto, não compreende a legislação nem a jurisprudência, que só são mencionadas como informação necessária para melhor compreensão da discussão dogmática. Transcrevem-se parágrafos de autores da época, já que não estão disponíveis em castelhano. Devemos especial agradecimento ao *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* de Frankfurt am Main e ao seu diretor, Prof. Dr. Thomas Duve, como também ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht de Freiburg i. Br.* e a seus diretores Profs. Drs. Ulrich Sieber e Hans-Jörg Albrecht, por nos hospedar e nos facilitar o acesso a suas bibliotecas. A Guido Croxato pela digitalização de textos que faltavam e por suportar esta monotemática em Frankfurt.

E. Raúl Zaffaroni

Buenos Aires – San José de Costa Rica, fevereiro de 2017

Capítulo I

INTRODUÇÃO

A. A IMPORTÂNCIA DA DOGMÁTICA PENAL DA ALEMANHA DE 1933-1945 NA DOUTRINA LATINO-AMERICANA

1. A DOGMÁTICA PENAL SEMPRE É HISTÓRICA

A ciência jurídico-penal é o discurso elaborado pelos advogados criminalistas e que almeja converter-se em jurisprudência e formar os futuros operadores do sistema de justiça.

Quando em meados do século passado o positivismo criminológico biológico-racista afundou definitivamente, trouxemos da Alemanha o método dogmático, em razão da sua alta elaboração teórica e da sua compatibilidade com a nossa tradição jurídica europeia continental¹, que hoje é dominante na ciência jurídico-penal latino-americana.

Porém, tanto a legislação penal como o saber dos advogados criminalistas têm história, embora nos últimos anos se tenda a ignorá-la na *manualística* corrente. Na Alemanha, está ocorrendo uma *re-historização* do direito penal por meio de uma especialidade que produz considerável interesse e dá lugar a importantes publicações e investigações², mas que tem o inconveniente de erguer a *história do direito penal* em um ramo especializado autônomo, à margem de um subsistente *direito penal alheio à história*³.

Em outro sentido, não existe uma ciência jurídico-penal *a-histórica*, porque todo saber tem história. O que, na verdade, existe é um saber necessariamente inserido em uma cultura, que não quer ser responsável da sua história, que incomoda e incomoda que lhe lembrem seu passado, porque a história como dizia Huizinga — é a forma espiritual em que uma cultura

1. V. nosso *Direito penal humano. A doutrina dos juristas e o poder no século XXL* Buenos Aires, Hammurabi, 2017.
2. Por exemplo, o *Journal der juristischen Zeitgeschichte*, publicado pelo *Institut für juristische Zeitgeschichte Hagen*, sob a direção de Thomas Vormbaum.
3. Cfr. Klaus Marxen, *Strafrecht nach der Überwindung zweier Unrechtsregime in Deutschland*, em “Fest. 200 Jahre juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin”, Berlin, 2010, pp- 209,1201 e ss.

presta contas do seu passado.⁴

2. O ENCAPSULAMENTO DA DOGMÁTICA

À diferença das ciências sociais e políticas — que acentuam o seu interesse histórico —, o saber jurídico-penal vai omitindo a história ou a separa, e até difunde a ideia de que os estudos históricos não oferecem utilidade alguma para a *praxe* jurídica⁵. Este fenómeno não só afasta a história de si, mas também faz parte de um sensível *isolamento da ciência jurídico-penal* em relação às ciências sociais e inclusive das políticas, o que é muito perigoso quando se trata de um saber que pretende orientar decisões de um poder do Estado que, como tal, não pode menos que ser político e aspirar a projetar-se com efeitos sociais.

Entretanto, seu encapsulamento progressivo parece inesgotável, pois tudo indica que vai isolando-se da filosofia também, esquecendo que o *direito penal é filosofia, nasceu como filosofia*⁶ e, em especial, deixando de lado seu capítulo fundamental, que é a antropologia *filosófica*, quer dizer, a problematização filosófica do conceito mesmo do *humano*. Estes temas se abandonam em monografias, reservadas a pesquisadores de *laboratório académico*, que não chegam ao estudante nem aos operadores do sistema de justiça e que, além disso, subestimam-se como escassos ou de nulo valor prático.

Desde a crítica iluminista, distinguiu-se entre a narração da lei (que faziam os *práticos*) e o *philosophischen Kriminalrecht* de autores do século XVIII (como Beccaria, Sonnenfels, Filangieri, etc.), até que, no século XIX, os advogados criminalistas refizeram a sistemática dos *práticos* sobre a base dos princípios da filosofia penal e cada autor adotava um ponto de vista filosófico (Feuerbach, os hegelianos, Carmignani, etc.) e assentava sobre este o sistema, tornando-o a garantia, de alguma forma, da sua construção.

Esta tradição esclarecedora foi perdendo-se e, na atualidade, quase não existe. É inegável que a este abandono contribui também a filosofia contemporânea, cuja dispersão costuma desconcertar o advogado criminalista; não obstante, a filosofia — como a arte — corresponde a uma época, e esta é a que atinge a nossa. Apesar disso, não faltam autores que adotam como base filósofos do século XVIII, mas é bastante difícil derivar respostas concretas desde essa distância e, além disso, *se deduzirmos tudo de uma premissa que não*

4. Johan Huizinga, *El concepto de la Historia*, y otros ensayos, México, FCE, 1946, p. 95.

5. Klaus Marxen, *op. cit.*, p. 1210.

6. Giuseppe Bettiol, *Il problema penale*, em “Scritti Giuridici” * Padova, 1980, II, p. 620.

*podemos discutir, não fazemos direito, mas sim teologia*⁷.

Além do mais, não se pode negar que este encapsulamento tecnocrático é próprio de uma tendência redutora que quer limitar a ciência (ou o saber) jurídico-penal à formação de *práticos* ou *agentes acríticos*, o que é extremamente grave, pois debilita a função limitadora do poder punitivo — própria e essencial do *poder jurídico-penal* —, quando nada garante que no problemático século XXI não haverá regressões, genocídios e necropolíticas, em especial, se levar-se em conta que a execução material de todos os letais episódios do século passado esteve a cargo de agências do poder punitivo⁸.

3. A ELABORAÇÃO DO DIREITO PENAL HUMANO

A positivação dos Direitos Humanos a partir de 1948 impõe a todo direito a sua reelaboração teórica conforme o marco normativo *jus humanista*, quer dizer, a construção doutrinária de um direito humano em sentido *objetivo* e, por conseguinte, em nossa matéria, a de um *direito penal humano*.

Uma vez que é óbvio que os Direitos Humanos são um *dever ser* sempre pendente de realização no plano real (do *ser*), este *direito penal humano* encontra resistências para seu avanço, que, embora sejam de caráter factual, também são encobertos com racionalizações discursivas que vão configurando, como face negativa, um *direito penal desumano*, de modo que, no plano doutrinário, causam-se *tensões e choques entre as pulsões humana e desumana*.

Em última instância, o *direito penal humano* — como todo direito emoldurado nessa normativa geral — procura tornar realidade a premissa de que todo ser humano é pessoa e deve ser tratado como tal. Todas as múltiplas e proteicas elucubrações que pretendem que haja humanos não tratados como pessoas ou que dissimulem ou acobertem esta realidade são as que configuram o *direito penal desumano*.

Afirmou-se, com acerto, que, em todas as ditaduras, há seres humanos que são privados do *status jurídico* de pessoa e a que se combate livremente por qualquer meio. A discussão de anos recentes sobre o chamado *direito penal do inimigo* é uma clara amostra das consequências do afastamento do direito penal da história⁹.

7. Tatjana Hörnle, *Strafrecht und Rechtsphilosophie: Traditionen und Perspektiven*, em “Fest. 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin”, Berlim, 2010, pp. 1265 e ss., 1276.

8. Sobre os mais próximos (a ex-Iugoslávia e Ruanda), Jacques Sémelin, *Purificar e destruir: Usos políticos dos massacres e genocídios*, São Martin, Universidade Nacional de San Martín, 2013.

9. Tatjana Hörnle, *op. cit.*, p. 1203.

4. A IMPORTÂNCIA DO TEMA NA AMÉRICA LATINA

Reparar na dogmática penal alemã de 1933-1945 não é para os advogados criminalistas latino-americanos uma simples curiosidade do passado, mas sim uma necessidade que responde a múltiplas razões. Sem prejuízo de outras, podemos sintetizar as principais da seguinte maneira:

- a) As nossas sociedades estratificadas estão longe de proporcionar a todos os seres humanos o trato de *peessoas* e é claro que a ferramenta de discriminação mais violenta é o *poder punitivo*. Os defeitos na *contenção jurídica ao poder punitivo* fazem numerosas vítimas letais.
- b) A *contenção jurídica* a um poder punitivo letal é tarefa dos operadores das agências jurídicas, cujo trabalho pretende orientar discursivamente a ciência jurídico-penal que configure um *direito penal humano*, por mandato do próprio direito positivo.¹⁰
- c) A ciência jurídico-penal latino-americana é agora tributária da metodologia da dogmática penal alemã, em razão da sua inegável capacidade de proporcionar soluções racionais ou, pelo menos, com menores níveis de irracionalidade e arbitrariedade.
- d) A dogmática penal alemã também tem uma *história* que deve ser conhecida, pois, do contrário, não saberemos que *política, ideológica e filosoficamente*, na verdade, importamos.
- e) O poder punitivo executou genocídios em todos os tempos, mas não todos elaboraram discursos jurídico-penais de legitimação ou, se o fizeram, em geral foram de baixo nível teórico.
- f) Pelo contrário, a dogmática penal alemã desses anos é o discurso jurídico-penal de legitimação genocida mais finamente elaborado de todos os tempos, cujo altíssimo nível de racionalização teórica não pode comparar-se com nenhum outro.
- g) Como o *direito penal humano* atual deve propor uma intervenção das

10. Por exemplo, no estalinismo, a teorização foi cortada violentamente e suas vítimas foram justamente os que tentaram fazê-la, como os juristas Evgueni Pachoukanis e Nikolai Krylenko. O primeiro, um teórico ingênuo do direito soviético e protegido do segundo, foi submetido aos *processos de Moscou* e executado em 1937. Krylenko projetou um código penal sem parte especial, que pretendia deixar liberado o delito a critério dos juízes populares. Vychinski, o fiscal acusador com quem Krylenko compartilhou a tarefa nos primeiros juízos repudiáveis a processados torturados, compreendeu muito melhor a intenção de Stalin: fazer leis perfeitas, com garantias, inquestionáveis, mas não as aplicar. A competência com Vychinski acabou levando Krlenko a um desses processos e, em poucos minutos, foi condenado e executado em 1938. O acusador e diretor de juízos públicos forjados aos perdedores da ditadura stalinista, Andrei Vychinski, foi professor de direito processual penal e reitor da Universidade de Moscou, mas nada disto demandou uma elaboração teórica digna de menção (Arcadi Vaksberg, *Vychinski Le Procureur de Staline. Les grands procès de Moscou*, Paris, Albin Michel, 1991). Menos ainda pode extrair-se algo de doutrinarismo do genocídio cambojano, onde se limitaram diretamente a matar todos os juízes; cfr. Nic Dunlop, *The lost Executioner. A Story of the Khmer Rouge*, Londres, Bloomsbury, 2005 (*Atrás dos rastros do carrasco*, Barcelona, Oceano, 2005); Rithy Panh e Christophe Bataille, *A eliminação*, Barcelona, 2011; Ben Kirman, *O regime de Pol Pot. Raça poder e genocídio no Camboja sob o regime dos Jermes Vermelhos*, 1975-1979, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

agências jurídicas que tenda a melhorar uma realidade social defeituosa, confrontar-se-á com o *direito penal desumano* que racionalize os obstáculos a essa iniciativa. Por conseguinte, deverá ser *crítico, partidário e de luta* (não de guerra, porque não nega a condição de pessoa de ninguém)¹¹.

- h) Embora o *direito penal desumano* assumia múltiplas e proteicas formas, a sua síntese mais completa é proporcionada até o presente pelo conjunto de racionalizações da dogmática penal alemã do período que nos ocupa.

5. NÃO NASCEU DO NADA NEM FOI UM SURGIMENTO PASSAGEIRO

Às anteriores razões acrescenta-se outra de fundamental importância: a dogmática penal alemã desses anos não surgiu no vácuo nem apareceu de repente, mas *esteve inserida em uma Europa racista*, e, ao longo de muitos anos, consolidou-se na cultura alemã, formando uma massa de pensamento geradora de uma alucinante e própria *visão racista radical do mundo*.

A perfeita consonância da ciência jurídico-penal com a política alcançou nela a sua máxima evidência, e a política, por sua vez, encaixava-se nessa insólita *Weltanschauung* amplamente alimentada por intelectuais, filósofos, artistas e cientistas que, como qualquer outra, também implica — embora perversa — uma *antropologia filosófica*, já que toda visão do mundo é também uma visão do ser humano.

Esta *Weltanschauung* compreendeu inclusive as ciências mais duras, como a física. Embora em toda ciência tenha existido sempre certo nacionalismo, geralmente ele se limitava a assinalar *modalidades nacionais*, mas o nazismo converteu esta confrontação de estilos em uma questão de sangue e raça: os nazistas levaram a tal extremo a sua *visão particular do mundo* que inventaram uma física alemã que opunham à *física judia* de Einstein e Heisenberg, e isto não foi um delírio de personagens secundários, pois seus protagonistas foram nada menos que Philipp Lenard e Johannes Stark¹², dois prêmios Nobel de física, que concebiam o universo como um mistério que não se podia entender racionalmente.

11. Cfr. Giovanni Fiandacca, *Feindstrafrecht*, em Thomas Vormbaum (Eds.), *Kritik des Feindstrafrecht*, Berlin, 2009, p. 31.

12. Stark queria converter-se no *Führer* da física alemã e acabou sendo condenado depois da guerra a quatro anos da prisão, que não foram cumpridos. O primeiro foi expulso da universidade em 1945. A respeito, nosso destacado historiador da ciência, Guillermo Boido, na “Página .12” (suplemento “Futuro” de 6 de setembro de 1997) ironicamente afirma que o mundo deve agradecer a Lenard por ter convencido Hitler de que a investigação nuclear era questão de *físicos judeus*.

De qualquer maneira, o nazismo foi um terrível episódio deste mundo e, portanto, as suas particularidades horripilantes não implicam que fosse uma completa exceção a regras comuns a todos os genocídios e massacres ao longo da história, como a inevitável classificação dos humanos em *próprios*, *estranhos*, *inimigos*, *traidores* e *perdedores*, limitando o *status de pessoa* aos *próprios* (intragrupo). Estas classificações sempre requereram também um *elemento mítico* derivado de idolatria mais ou menos acentuada. Contra o ídolo de cada episódio opera um mal cósmico ou quase tal, e o poder punitivo ilimitado se supõe que é o raio de contenção dessa ameaça, que reflete a onipotência do próprio ídolo e assume função mágica¹³

Mas a particularidade desses anos é que a perversa *antropologia jurídica* que pressupunha a sua dogmática penal extremou até limites inauditos a classificação dos *arianos* como *próprios*, dos *não arianos* como *estranhos*, dos judeus, ciganos e outros como *inimigos naturais*, dos *arianos* dissidentes como *traidores*, e dos conspiradores de 1944 e outros como *perdedores*, tudo perfeitamente ajustado na cosmovisão alimentada pelo elemento mítico idólatrico da *raça ária germânica*.

6. O DIREITO PENAL HUMANO COMO CRÍTICO E DEFENSOR

Enquanto no factual se praticava uma política assassina, no plano discursivo ela era legitimada por um *direito penal desumano* em consonância com a cosmovisão idólatrica da raça, invocada obsessivamente pelas teóricas

13. (a) Na Roma imperial, os próprios eram os cidadãos; os estranhos, os bárbaros e escravos; os inimigos, os cristãos; os traidores, os conversos ao cristianismo; os perdedores, aqueles que fracassavam nos golpes de estado, o elemento mítico a religião estatal e a divindade do imperador. (b) Para a *inquisição eclesiástica*, os próprios eram os fiéis ao Papa: estranhos, magos simples, curandeiros, cura exorcistas; inimigos eram os hereges, traidoras as bruxas; e perdedores, todos os nobres que resistiam à autoridade papal. O elemento mítico era Satã e um pretendido Jesus Cristo *guerreiro*. (c) Na inquisição espanhola, os próprios eram os cristãos velhos; estranhos, os infiéis colonizados e algo também os islâmicos conquistados. Inimigos eram os judeus. Traidores eram os hereges, judaizantes e os remissos a denunciar. Perdedores eram aqueles que resistiam à autoridade real. O elemento mítico reproduzia o da inquisição eclesiástica. (d) No *biologismo racista neocolonizador*, os próprios eram os brancos europeus de classe média e alta e os trabalhadores submissos. Estranhos foram os colonizados, imigrantes e neocolonizados. Seus inimigos eram as classes perigosas urbanas, anarquistas, socialistas, rebeldes coloniais. Traidores, os próprios que se voltavam críticos; perdedores, as classes urbanas invejadas, como no caso Dreyfuss. O elemento mítico era o panteísmo e alguns desenvolvimentos espiritualistas. (e) No *fascismo*, foram próprios os fiéis ao estado e ao *Duce*; estranhos, os colonizados; inimigos, os comunistas; traidores, os antifascistas; perdedores, os do tipo do Conde Ciano. O elemento idólatrico foi o mito romano. (f) Para o estalinismo, próprios eram os membros do partido, proletários conscientes; estranhos, os proletários ainda não conscientes; inimigos, os burgueses, camponeses resistentes, nacionalistas; traidores, Trotsky e seus partidários; perdedores, as vítimas das purgações de 1936-1938. O elemento mítico idólatrico era o messianismo, o começo da história com o comunismo. (g) Para a ideologia neocolonialista da segurança nacional os próprios foram os ocidentais e cristãos; estranhos, os indiferentes; inimigos, os subversivos; traidores, os críticos e dissidentes; perdedores, quem perdia na luta hegemônica de cúpula. O elemento mítico idólatrico era sua missão cósmica, a luta contra o comunismo internacional, a cruzada *cristã civilizatória*.

penais, cuja secular e muito complexa racionalização alcançava um nível teórico nunca igualado antes nem depois desses anos.

Essa grande massa de trabalho intelectual de longa data faz suspeitar que, em 1933, não houve uma fratura com a dogmática penal anterior, nem outra em 1945 e, por conseguinte, impede de descartar *acriticamente* que a doutrina penal atual não sofra ainda alguma consequência, como tampouco que a desses anos tenha sido por completo alheia a seu precedente¹⁴ e, mais ainda, que sob outras roupagens menos vistosas continue alimentando as racionalizações do *direito penal desumano* dos nossos dias, o que adquire significado muito especial para nós, perante a urgência de contenção do poder punitivo que exigem as atuais circunstâncias da nossa região, muitas vezes regressivas em matéria de realização de Direitos Humanos.

Pois bem: a partir de 1948, a doutrina penal foi convertendo-se em um forte campo de *luta discursiva* entre as suas vertentes humana e desumana. Quem nesta *luta* queira retirar da dogmática penal humana todo possível elemento *desumano* — e preservar a dos ataques atuais e futuros do seu oposto — não pode ignorar as obscuridades e os elementos do mais refinado dos discursos penais *desumanos*.

Por outro lado, a experiência da dogmática penal desumana desses anos mostra claramente que esta nunca é independente do contexto da realidade sociocultural em que opera, do concreto contexto do poder em que se insere e da cosmovisão que como sistema de ideias a sustenta.

Como acaba de assinalar-se, hoje não é confrontado tão abertamente com o direito penal *humano*; pretende-se opor a ele uma dogmática não só *a-histórica*, mas também livre de ideologia política, encapsulada longe das ciências sociais e inclusive da filosofia e da antropologia filosófica.

Entretanto, esta nova versão que pretende ocultar a sua *desumanidade* sob um manto *tecnocrático* e *asséptico*, tampouco carece — nem pode carecer — de uma *Weltanschauung*, que, neste caso e momento histórico, é própria do quadro de poder condicionado pelas grandes corporações financeiras transnacionais, para a qual os *próprios* são o terço do planeta que consome o que não necessita para viver (e em especial o 1% da *nova nobreza planetária*, que concentra quase a metade da riqueza mundial), os *estranhos* são aqueles que suportam com paciência as condições de necessidade às vezes extrema,

14. Cfr. Klaus Marxen, *op. cit.*, p. 1211.

inimigos são os excluídos que pretendem organizar-se e desafiá-los, *traidores* são aqueles que, embora pertençam ao terço consumidor, denunciam a situação e, finalmente, *perdedores* são os instrumentos próprios que resultam ou se tornam inúteis e quem perde no conflito hegemônico interno do próprio poder financeiro. Não falta também o elemento mítico, que é a *idolatria* do mercado e do poder punitivo, aos quais se atribui a condição de *onipotência*.

B. A ORIGEM INCONSCIENTE E REMOTA DA COSMOVISÃO

1. NADA É POR COMPLETO NOVO

A *a-historicidade* que tende a dominar a ciência jurídico-penal atual oculta que, na verdade, continuamos discutindo no campo penal sobre a base de *estruturas de pensamento* que provêm de vários séculos atrás e até de um milênio¹⁵. Quando se observa este fato e se apresentam dados históricos indiscutíveis, pretende-se neutralizá-los, mandando-os ao canto das curiosidades ou, como concessão, à nota de *antecedentes remotos*. Entretanto, trata-se de verdadeiras estruturas que configuram a *jaula do pensamento penal* em cujo interior seguimos discutindo, sem perceber os barrotes nem as grades.

Deve-se lembrar que foram precisamente de língua alemã Sprenger e Krämer os autores de *Malleus*, que, no final do século XV, sintetizou, com o maior refinamento, o discurso da inquisição contra bruxas¹⁶. Além disso, apontou que, quando a inquisição eclesiástica tinha desaparecido, ou seja, em pleno século XVII, foi na Alemanha onde os tribunais dos príncipes queimaram o maior número de mulheres¹⁷.

Obviamente, no século XX nem mesmo os teóricos mais fechados do nazismo invocavam como antecedente a queima de mulheres, mas não por isso deve acreditar-se que o anterior obedece a uma simples coincidência, posto que há outro dado mais significativo, que opera contra a tese da coincidência acidental na formação da *Weltanschauung* nazista. Embora

15. Cfr. nosso *Estudo preliminar à Cautio Criminalis*, de Friedrich Spee, Buenos Aires, Ediar, 2017.

16. Há diversas traduções desta obra: *O martelo das bruxas, para golpear as bruxas e suas heresias com poderosa maça*, Madri, Ferlmar, 1976. e Valladolid, 2004; *Il martello delle streghe*, Veneza, Marsilio, 1977; *O Martelo das feitiças, Malleus maleficarum*, Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1991; *Il marchio della strega. Malleus maleficarum, il manuale dell'Inquisizione sulla caccia alle streghe e sue applicazioni*. Segrate, Piemme, 2005.

17. A maior parte das mulheres chamadas de *bruxas* foram executadas pelos tribunais laicos da Alemanha e da Europa central no século XVII: cfr. entre muitos, Elena Brambilla, *La giustizia intollerante. Inquisizione e tribunali confessionali in Europa (secoli IV-XVIII)*, Roma, Carocci, 2006, p. 141; Brian P. Levack, *La caccia alle streghe in Europa*, Bari, Laterza, 2004, p. 198.

nos detenhamos nisso mais adiante, a verdade é que uma ideia *sistêmica* de sociedade ocupava o centro desta cosmovisão: a *comunidade popular* (*Volks-gemeinschaft*), integrada unicamente por todos os *arianos germânicos*, que respondiam a suas normas por condicionamento biológico interno. O direito penal legitimava o poder punitivo atribuindo esta função *depuradora interna* e que garantia o equilíbrio do sistema, porque reforçava os deveres biologicamente condicionados pela *raça*. O discurso penal não se ocupava da eliminação dos *inimigos externos*, pois isso correspondia ao direito administrativo (as polícias).

2. SOCIEDADE SISTÊMICA E CONDICIONAMENTO BIOLÓGICO

A ideia de uma sociedade ideal concebida como sistema, com comportamentos biologicamente condicionados, é muito anterior ao século XX e foi justamente na Alemanha onde foi exposta no século XV, em uma obra que, não por acaso, foi muitíssimas vezes impressa junto ao famoso *Malleus: o Formicarius*, de Johannes Nider¹⁸.

O livro de Nider foi publicado apenas em 1475¹⁹, mas logo alcançou grande número de edições²⁰, sendo significativo que, por um lado, aponte como inimigos precisamente os judeus — que não eram o objetivo central da inquisição da sua época — e que critique a sociedade do seu tempo pela debilitação da fé, ou seja, dois elementos básicos da cosmovisão nazista cinco séculos depois; decadência espiritual posterior à Primeira Guerra e os judeus como inimigos (a *punhalada pelas costas*)²¹.

Formicarius significa *formigueiro*, título que tem origem bíblica²², em que as formigas — assim como as abelhas — adquirem sentido exemplar, por isso desde a Patrística se realçou sua pureza, laboriosidade, vida organizada e

18. Johannes Nider nasceu em 1380 na Suabia, ingressou na ordem Dominica, estudou em Köln, viajou pela Itália, graduou-se em teologia em Viena, teve uma destacada intervenção na organização do concílio de Basel em 1431. Voltou logo para a Faculdade de Teologia de Viena, foi professor e decano desta e, finalmente, morreu no Nürmberg em 1438 (Cfr. Werner Tschacher, *Der Formicarius des Johannes Nider von 1437/38. Studien zu den Anfängen der europäischen Hexenverfolgungen im Spätmittelalter*, Aachen, Shaker, 2000, p. 31 e ss.).

19. *É claro que foi escrito muito antes, pois Nider morreu em 1438. Há diversos manuscritos, aos que seguem os incunábulo (cfr. em detalhe, Werner Tschacher, op. cit., p. 83 e ss.).*

20. O número extraordinário de edições impressas já chamava a atenção dos primeiros estudiosos do século XIX, que contavam dezessete edições de alguma das suas obras antes do 1500 (cfr. Kaspar Schieler, *Magister Johannes Nider aus dem Orden der Prediger-Brüder. Ein Beitrag zur Kirchengeschichte des fünfzehnten Jahrhunderts*. Mainz, Kirchheim, 1885, p. 381).

21. Nider tinha grande fama como especialista em milagres e aparições (cfr. Margit Brand, *Studien zu Johannes Niders deutschen Schriften*, Roma, Istituto Storico Domenicano, 1998, p. 30).

22. Salomão, 6, 6-8 y 30, 24-25.

produtora de mel (alimento sagrado), encontrando-se similitude com a vida monástica. Um discípulo de Alberto Magno, Thomas Brebantinus (Thomas de Cantimpté, 1201-1293), nos primeiros tempos da ordem dominica tinha escrito um livro no qual ponderava a organização das abelhas, que considerava um exemplo maravilhoso (*exempla miracula*), citando opiniões prévias de Isidoro de Sevilla, Plinius, Solinus, Aristóteles, Alberto Magno²³.

Nider admirava mais as formigas, por razões que coincidem muito com a ideia de *comunidade popular*, central da cosmovisão nazista. Afirmava que Deus tinha posto a sua sabedoria nas formigas, cuja organização era superior à das abelhas, porque não reconheciam uma rainha, não eram uma monarquia, mas cada uma tinha o senso de comunidade incorporado. Assinalava justamente que as formigas — organizadas em forma de constituição republicana — estão obrigadas reciprocamente, sem receber instruções, porque é da essência do seu estado uma ordem interna, quer dizer, um fundamento racional, uma divisão da função e uma consciência que vive em seu interior.²⁴

Esta característica ressurgiu no racismo alemão do século XX para distinguir a superioridade ária (cujos integrantes teriam racialmente condicionado um senso de justiça), dos povos mestiços que, por carecer por completo deste condicionamento, devem apelar sempre à lei exterior. Consideravam mestiço o próprio império romano, o que levou a acreditar que a influência do direito romano tinha sido nefasta para os germanos; pior ainda a dos judeus, cuja completa carência desta intuição jurídica os obrigava a aferrar-se à lei externa.

Ideia e forma (Idee und Gestalt) era lema dos ideólogos e dos artistas nazistas, ao qual também se aplicava o modelo *formigueiro* de sociedade que, supostamente, ter-se-ia deteriorado por influência do direito romano mestiço, mas que era necessário restabelecer como *programa político* porque o impunha a natureza da raça, criada por Deus: *Dirigida pelo Cristo alemão, à cabeça da comunidade mística de um povo colocado para trabalhar, a realização da ideia na forma era o processo pelo qual o Espírito do povo devia formar o seu próprio corpo e encarnar nele toda a sua pureza*²⁵.

23. *Bonum universale de proprietatibus Apium miraculorum et exemplorum sui tempris* de 1597 (cfr. Kaspar Schiler, *op. cit.*, p. 376; também Werner Tschacher, *op. cit.*, p. 100 e ss.).

24. Cfr. Werner Tschacher, *op. cit.*, p. 144.

25. Éric Michaud, *A estética nazi. Uma arte da eternidade. A imagem e o tempo no nacional-socialismo*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2012, p. 11.

Capítulo II

O RACISMO JURÍDICO NAZISTA

A. ELEMENTOS DE ROMANTISMO JURÍDICO

1. ROMANTISMO

Muitíssimo tem se investigado e escrito a respeito da cosmovisão do nazismo e, é obvio, não se pretende aqui voltar ao tema em geral, mas sim lembrar os traços principais, porque a antes referida *a-historicidade* do saber penal atual e — por que não dizer? — a conseguinte omissão da história contemporânea por parte do penalismo o tornam mais que conveniente.

Aquilo que chama em especial a atenção na ideologia ou paradigma dominante nesses anos, é que foram precedidos por uma ampla preparação. Observando esta gestação da perspectiva de um século, tem-se a impressão de que boa parte da intelectualidade alemã foi criando o espaço para que aparecesse um *Führer*.

É muito chamativo que desde fins do século XIX se observe o lento crescimento de uma tônica intelectual de nostalgia, frustração, tédio, desprezo pelos valores burgueses, pelos princípios democráticos, pelos aspectos mais positivos do velho liberalismo, uma estendida apelação aos *sentimentos*, a invocação dos valores absolutos, a admiração pelo herói, uma criatividade libertária mesclada com demandas de condução autoritária. Quer dizer, o crescimento de um conjunto confuso de expressões que, no campo literário, plástico, arquitetônico, mostrava as ânsias de *algo novo* em um espaço que parecia *vazio*. A intelectualidade foi cavando um *vácuo enorme*, que ampliou a derrota e sua consequência na primeira pós-guerra, mas a crise do Estado-Nação o aprofundou ainda muito mais com a debilitação da República de Weimar²⁶.

Talvez não haja uma expressão capaz de sintetizar tudo isto, que se gerava desde ainda antes da Primeira Guerra Mundial. A falta de outra melhor, usaremos a palavra *romantismo* no mais amplo de todos os seus

26. Sobre isto, Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo. O antisemitismo* Barcelona, 1997.

sentidos, seguindo Abbagnano²⁷, segundo o qual, trata-se do privilégio do *princípio infinito*, seja por pretendida via da *razão* ou diretamente do *sentimento*, com a conseguinte *ironia como desprezo por todo o finito*, visto só como manifestação provisória do infinito. A isto adiciona o *providencialismo histórico*, segundo o qual a história é um processo que se realiza por si só; isto vincula o *tradicionalismo*, revalorização da idade média e *nacionalismo*, que vai definindo a *nação nos termos de elementos tradicionais como a raça, o costume, a língua, a religião*²⁸. Finalmente Abbagnano aponta como característica do romantismo o tiranismo, ou a intolerância para o finito, o que gera um protesto em relação a tudo o que impõe um limite, no estilo de Prometeu. A apropriação do romantismo anterior e a difícil nazificação de Nietzsche²⁹ não foi por acaso, como tampouco foi o culto à heroicidade³⁰.

Não é possível aprofundar aqui as linhas tortuosas deste romantismo, inclusive até hoje não muito claras, embora em uma investigação relativamente recente de Martynkewicz ressalte-se o progressivo estreitamento dos vínculos entre a intelectualidade alemã e o nazismo. Pelo seu salão *Deutschland* desfilam figuras desopilantes, como a do místico ou *mago* Alfred Schuler e outras de merecida fama³¹, entre elas a do grafólogo Ludvig Klages, com suas intuições de precursor do ambientalismo e sua distinção entre *espírito* e *alma*³². A *Lebensphilosophie* da pós-guerra se lançou à busca de intuições totais, abdicando da razão³³, o que explica que se tenha considerado o nazismo resultado de uma revolução iniciada com a declaração da Primeira Guerra Mundial em 1914³⁴, embora preparada desde muito antes.

Quando com frequência se pergunta como foi possível que uma nação com a intelectualidade e o nível filosófico, científico e artístico da Alemanha assumisse essa cosmovisão, parece que deve responder-se que ela veio

27. Nicola Abbagnano, *História da filosofia*, t. III, Barcelona, 1973. pp. 27-29.

28. *Ibidem*, p. 28.

29. Tiveram dificuldades para explicar seu afastamento de Wagner (que atribuíram à influência de um amigo judeu, Paul Rée), seu escasso nacionalismo, a suspeita da sua ascendência polonesa, etc., tudo manipulado no *Völkischer Beobachter*; cfr. Davis B. Dennis, *Desumanidade. Interpretações Nazistas da cultura ocidental*, São Paulo, 2014, pp. 324-325.

30. V. as páginas de Alfred Baumer reproduzidas por George L. Mosse, *A cultura nazi*, Barcelona, Grijalbo, 1973, p. 122 e ss.

31. Wolfgang Martynkewicz, *Salão Deutschland. Intelectuais, poder e nazismo na Alemanha (1900-1945)*. Buenos Aires, Edhasa, 2013.

32. Ludwig Klages, *Sämtliche Werke*, ed. por Ernsr Frauchiger, Gerhard Funke, Karl J. Groffmann, Robert Heiss und Hans Eggert Schröder, Bonn, 1969. Considerava que o ser vital da alma juntamente com o corpo se confronta com o espírito, que é analítico.

33. Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Berlim, 1975, p. 51.

34. Assim, Peter Fritzsche, *De alemães a nazis 1914-1933*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.

preencher o espaço que com seu romantismo— às vezes ingênuo — uma parte considerável da sua intelectualidade tinha aberto, e de que alguns deveram, certamente, ter-se arrependido. Hitler não foi um mago hipnotizador, mas sim um inescrupuloso iluminado que ocupou um local em boa parte sustentado pelos *princípios infinitos* dos *prometeicos* intelectuais *irônicos* e *titânicos* frente a todo o *finito*.

2. OS RELATOS DO GENOCÍDIO NEOCOLONIALISTA EUROPEU

As ideias racistas europeias reconhecem a velha história, e o próprio iluminismo não foi alheio a ela, inclusive com acentos antisemitas. Não era um simples artifício o que tinha lugar quando algum nazista citava Kant, Hegel, Fichte e inclusive Voltaire³⁵.

A ideologia iluminista, apesar de suas inegáveis contribuições e pulsões liberadoras, correspondia a uma burguesia europeia em ascensão, que surgiu da abundância de ouro e matérias primas que se devem ao colonialismo e à escravidão, que eram a sua face sombria. Em pleno século XVIII, discutia-se sobre a luta de raças³⁶. O conceito mesmo de raça surgiu com o colonialismo, pois antes do século XVI não tinham os homens consciência da ideia de “raça” e tampouco existiam incentivos para que assim fosse³⁷, quer dizer que começou a conceber-se com a ocupação territorial e a exploração da América, África, Ásia e a Oceania.

As ideias deste *racismo confuso* obtiveram importância central quando, no século XIX, foram adotadas como legitimação do neocolonialismo, que foi o processo de poder planetário europeu que sucedeu à queda das potências marítimas (Espanha e Portugal) e que se estendeu a quase todo o planeta. Esta empresa de domínio mundial abandonou o discurso que legitimava a superioridade *teológica* (superioridade por ser portadora da verdade teológica aos *infiéis selvagens*) para assumir o da *superioridade biológica* (raça superior habilitada pela *biologia* para ocupar territorialmente *os selvagens* e explorá-los).

As potências neocoloniais foram convocadas por Bismarck a Berlim em

35. Sobre o racismo e o antisemitismo desses autores, Gudrun Hentges, *Schattenseiten der Aufklärung. Die Darstellung von Juden und Wilden in philosophischen Schriften des 18 und 19. Jahrhunderts*, Schwalbach im Taunus, 1999.

36. Michel Foucault, *Genealogia do racismo. Da guerra das raças ao racismo de Estado*, Madri, La Piqueta, 1992.

37. Ralph Linton, *Estudo do homem, México, FCE, 1942, p. 67.*

1885 para dividir a África. A superioridade da raça branca e, por conseguinte, seu direito de colonizar *os selvagens de raças inferiores*, estava fora de questão, por isso o racismo deixou de ser uma *ideologia*, para passar a ser um *paradigma*: toda a *ciência europeia* era racista, salvo algum marginalizado acadêmico.

O neocolonialismo assassinou milhões de pessoas no século XIX e no começo do XX: as populações se reduziram, o Sri Lanka passou de 4 milhões de habitantes a 1 milhão; a Argélia passou de 3 a 2 milhões; o Congo de Leopoldo II de 20 a 10 milhões; a Costa do Marfim de um milhão e meio a 160.000; o Sudão de 8 a 3 milhões; o Taiti e a Nova Caledônia perderam 90%, e na Tasmânia se extinguiu a população. *As estimativas mais atendíveis calculam entre cinquenta e sessenta milhões o número de vítimas das conquistas coloniais na Ásia e na África no curso da segunda metade do século XIX (das quais perto da metade foram interrompidas pela carestia na Índia)*³⁸.

Os principais responsáveis por estes genocídios foram Grã-Bretanha e França, e, em menor medida, Bélgica e Itália, que se somaram à empresa neocolonial. O Império Alemão esteve entre os de coautoria menos expressiva, mas, na África, matou milhares de hereros e hotentotes, em particular, na Namíbia. O general Lothar von Trotha foi um assassino que cumpriu as ordens de extermínio do imperador, ordenou matar os resistentes, não tomar prisioneiros e abandonar as mulheres e as crianças que sobreviviam no deserto. Estes crimes eram aplaudidos no *Reichstag* pela direita alemã, enquanto os socialistas, temerosos da mescla racial, protestavam contra os abusos sexuais dos soldados alemães, tudo isso ocorria ao redor de 1904-1906; quer dizer, enquanto Binding e von Liszt escreviam seus livros em Heidelberg ou em Berlim³⁹. De qualquer maneira, o Império Alemão exercia uma parte menor na partilha genocida neocolonialista do mundo, em comparação com a França e, em especial, com a Grã-Bretanha e, além disso, perdeu-a totalmente em 1918.

As ideias que alimentavam o paradigma racista do neocolonialismo se dividiram em duas correntes, ambas elaboradas por *diletantes*, fabricantes de *relatos*. Um engenheiro de ferrovias inglesa, Herbert Spencer, passou do catastrofismo geológico à evolução das espécies e dali à sociedade, para concebê-la como um *sistema (organismo)* e uma raça superior — a sua — produto da sobrevivência dos mais fortes e, por conseguinte, de uma suposta *seleção*

38. Enzo Traverso, *La violencia nazista. Una genealogia*. Bologna, Il Mulino, 2002, p. 79.

39. Cfr. *Ibidem*, p. 80. Sobre o racismo da legislação colonial alemã na África nos tempos do império: Thomas Vormbaum, *A legislação racial na Alemanha nazista*, em “Revista Penal”, n° 37, Valência, janeiro de 2016, p. 206.

natural que devia continuar no sistema (organismo) social, o que, junto com o neocolonialismo imperial britânico, legitimava também o capitalismo explorador mais desumano.

Os *selvagens* evoluiriam graças ao neocolonialismo e, ao cabo dos séculos, teriam cérebros iguais aos brancos colonizadores⁴⁰.

A este *racismo evolutivo* foi se contrapondo no campo das ideias um *racismo involutivo*, alimentado pela lenda de uma raça ária proveniente do norte da Índia e que se estendeu à Europa, ideia fomentada pelo descobrimento linguístico da origem das línguas indo-europeias e que coincidia com os diferentes *mitos germânicos* existentes desde antigamente em quase todos os países europeus⁴¹. As raças superiores seriam as que conservavam mais pura a raiz ária. Um francês — novelista de pouco sucesso —, o conde de Gobineau, publicou em 1853 a sua obra mais difundida⁴², que expandiu esse relato.

Os britânicos e seus aliados *estavam dominando o mundo*, enquanto os alemães *queriam dominá-lo*. Para os primeiros, o organismo social spenceriano (sociedade sistêmica) estava feito, era real e dominava; os alemães *deviam fazer a sociedade sistêmica* que dominasse ao mundo, na luta com os anteriores. Na luta da raça *branca* com as *de cor*, deviam ser superiores aos outros *brancos* e, para isso, era necessário para eles consolidar uma ideologia de superioridade frente aos outros neocolonialistas. A sua superioridade racial não podia fundar-se no *idealismo* — na filosofia da história de Hegel-, pois também estavam detentos na jaula do paradigma racista que dominava o mundo e, por conseguinte, as academias. Esta ideologia — do interior do paradigma racista — foi brindada pelo racismo involutivo, assegurando-lhes que eram aqueles que conservavam mais puramente a essência da *raça ária*.

No entanto, Gobineau não satisfazia os alemães⁴³, porque, entre outras coisas, não era suficientemente antissemita, enquanto na Alemanha

40. Embora costume-se chamar estas teses de *darwinismo social*, em rigor, Darwin não era responsável por esta construção; cfr. Marvin Harris, *O desenvolvimento da teoria antropológica. História das teorias da cultura*, Madri, Siglo XXI, 1983.

41. V. Leon Poliakov, *Il mito ariano*, Roma, 1999. Por exemplo, pode ver-se o desenvolvimento do mito racial celta nos países europeus de Heinrich Driesmans (*Das Keltentum in der Europäischen Blut-mischung*, Leipzig, 1900) que continuou em relação com a Alemanha (*Die Wahlverwandschaften der deutschen Blutmischung*, Leipzig, 1901). A obra tem como título comum *Eine Kulturgeschichte der Rasseninstinkte*.

42. Arthur de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*. Paris, 1967 (trad., italiana: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Rizzoli, 1997).

43. Gobineau sustentava que havia três raças humanas que tinham se mesclado: a ariana, a amarela e a negra. Na França, afirmava o predomínio da raça ariana na nobreza (destinada aos altos valores), da amarela na burguesia (comerciantes) e da negra nos descamisados desordenados.

estendia-se um antissemitismo difuso. Como é sabido, o antissemitismo passou por uma fase *religiosa*, mas dali saltou para outra *econômica*, caracterizada pela cobiça em relação à propriedade dos judeus. Esta segunda fase tinha lugar no império alemão, mas, para deixar o caminho livre à espoliação dos judeus, era necessário passar diretamente à fase *racista*⁴⁴, que já contava com vários precursores.

O diletante que teorizou o relato do *racismo involutivo* à medida do imperialismo e do neocolonialismo alemão foi um inglês educado na França e deslumbrado com a cultura alemã: Houston Stewart Chamberlain (1855-1927). Depois de andar pelo mundo e voltar-se admirador da obra de Wagner — quem não chegou a conhecer pessoalmente —, casou-se com a filha menor deste (Eva Wagner), nacionalizou-se alemão e em Viena escreveu a sua obra mais famosa: *Os fundamentos do século XIX*⁴⁵.

Nessa obra, abrange uma quantidade heterogênea e incrível de temas com extrema superficialidade⁴⁶, mas à diferença dos seus predecessores, manifestava-se orgulhoso de ser um *diletante*, desafiando o *cientificismo parcializante*, incapaz de captar conjuntos amplos.

Chamberlain foi conselheiro do imperador Guilherme II, admirador da sua obra, a qual adotou como livro de cabeceira, chegando a formar um grupo intelectual que o assessorava, cujo peso se observa nos discursos imperiais. Em 1923, já doente, conheceu Hitler pessoalmente no festival wagneriano de Bayreuth.

A obra de Chamberlain foi retomada por Alfred Rosenberg em 1930, outro diletante que foi condenado e executado em Nürnberg pelos crimes cometidos na Polônia, e que levou o romantismo até o extremo de pretender uma religião política⁴⁷.

Chamberlain tinha alimentado seu antissemitismo na Viena *populista* (*völkisch*) e antissemita de Lueger, assim como mais tarde Hitler o faria⁴⁸. Postulava um *pangermanismo* que devia eliminar todos os elementos judaicos e judaico-cristãos. Sustentava que o caos provinha principalmente do século

44. Sobre as três fases, cfr. Thomas Vormbaum, *op. cit.*, p. 206.

45. Houston Stewart Chamberlain, *Die Grundlagen des Neunzehnten Jahrhunderts*, Munique, Bruckmann, 1906.

46. Sobre a objeção do diletantismo, Wolfgang Martynkewicz, *op. cit.*, p. 114.

47. Alfred Rosenberg, *O mito do século 20. Uma valoração das lutas anímico-espirituais das formas do nosso tempo*, Buenos Aires, Odal, 1976. V. *Infra*, II, C, 2.

48. *Sobre estes anos*, Ian Kershaw, *Hitler, t.I*, Barcelona, Península, 1999, p. 53 e ss.

XVI, no qual Inácio de Loyola era apresentado como o genuíno *antigermânico*. Demandava uma religião livre do judaísmo, uma depuração do cristianismo, pois afirmava que Cristo não era judeu, afirmando que, naquele tempo, havia poucos judeus na Galileia. De qualquer forma, estendia um pouco a ideia do *judeu*, talvez por razões de oportunismo político, pois, em parte, parece expressar que o *judeu* não é totalmente racial no sentido biológico puro.

A este imaginário Cristo *ariano* atribuía uma revolução religiosa que implicava uma ruptura total com o judaísmo. Sustentava que a aparição de Cristo não se deve entender no sentido de uma culminação da religião judia, mas sim como sua negação, porque faz do sentimento (*Gemüt*)⁴⁹ a fonte da verdadeira experiência religiosa. Isso nunca poderia ser alcançado pelos judeus, devido a seu extremo formalismo e a seu racionalismo de *coração duro* (*hartherzigen*): para o cristianismo, o ser humano é um senhor; para o judaísmo, o único senhor é Jeová, e o humano é seu escravo⁵⁰. Afirmava que, enquanto o judaísmo se baseia no temor a Deus, o cristianismo se baseia no amor a Deus. *O especial aparelho espiritual dos judeus, a sua carência de fantasia condicionada pelo tirânico domínio da sua vontade, tinha-os conduzido a um muito particular e abstrato materialismo*⁵¹.

Chamberlain contrapunha a cultura grega à romana, a sensibilidade no que é grego e o individualismo no que é romano. Propunha uma volta à cultura grega, pois dela se recebia a arte e da romana os negócios⁵². Sustentava que a corrupção do sangue e o efeito desmoralizador do judeu-cristianismo eram as causas do fracasso alemão.

Esta obra de Chamberlain, a um século de distância, parece um disparate sensacional de um escritor irresponsável, mas a verdade é que impressionava o imperador de uma das potências mais poderosas do mundo — que logo desencadearia uma catástrofe mundial com milhões de mortos — e se discutia nos cenáculos intelectuais, sendo seu sucesso e sua difusão as provas mais evidentes de que se tratava de um produto *demandado* pela elite *pensante* do momento. Sem dúvida, também era o produto de uma Europa colonialista presa ao paradigma racista.

49. Pode traduzir-se também como *disposição e ânimo*.

50. A subestimação do judaísmo por esta razão tinha sido apontada por Hegel, quem considerava que a religião os impede de alcançar a liberdade, porque estão imersos no pensamento do “serviço rigoroso” (*Lições sobre a filosofia da história universal*, Madri, Alianza, 1980, p. 354).

51. *Die Grundlagen*, t. I, reed. de 1938, p. 270.

52. *Ibidem*, p. 218.

Um escrito de alguém que não teve muita simpatia por Hitler e que inclusive parece ter vaticinado a catástrofe, como foi Oswald Spengler, embora não compartilhasse o delírio antissemita, dá conta de disparates parecidos. Assim, confirma-se até que ponto a Europa neocolonialista da época — e em particular a Alemanha — estava alienada no paradigma racista.

Spengler contava a emancipação da América Latina como uma guerra entre brancos, mas logo emoldurava a nossa história em uma visão universal de guerra entre a raça *branca* e a de *cor*. Afirmava que, depois da independência, os índios haviam tomado as profissões e as posições de poder e feito parte da revolução de *cor* contra a raça *branca*, que era comandada pela Rússia soviética, a qual, com a revolução de 1917, havia se tornado asiática. Acrescentava que os aliados vencedores em 1918 tinham traído a raça branca ao empregar tropas de cor, e Versalhes representava a derrota da raça *branca*⁵³. Um delírio baseado na melanina? Isso é o que nos parece hoje, mas não há cem anos, quando levavam essa visão a sério, ao menos por uma boa parte da intelectualidade desse momento.

3. A GESTAÇÃO DO ROMANTISMO JURÍDICO

Os nutrientes que convergiram no nazismo foram extremamente díspares e entrecruzados, geralmente em forma teimosa e às vezes retorcida. Fora do contexto deste tecido costurado pelo nazismo, é justo precisar que não é nada fácil saltar do historicismo jurídico ao racismo ou vice-versa.

No entanto, o romantismo no jurídico seguiu seu próprio curso, e resulta inevitável vinculá-lo ao Savigny e à sua escola histórica, por muito que este negasse ser um romântico, pois a sua ideia do espírito do povo (*Volksgeist*) como fonte do direito, tira-a dos românticos e, em geral, seu pensamento é muito próximo da corrente que se separava do racionalismo da Ilustração (Justus Möser e Johann Gottfried Herder). Como é sabido, as suas premissas suscitaram a famosa polêmica com Thibaut⁵⁴, que adiou até 1900 a codificação civil alemã.

Savigny fazia depender o direito da essência e do caráter do povo, sustentando que não pode ser uma imposição da vontade arbitrária do estado

53. Oswald Spengler, *Anos decisivos. Primeira parte: a Alemanha e a evolução histórica universal*, trad. de Luís López-Ballesteros, Madri, Espasa Calpe, 1934, p. 176.

54. Anton Friedrich Justus Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg. 1814; Friedrich Karl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*, Heidelberg 1814. Sobre isto, Paolo Becchi, *Ideologia della codificazione in Germania, dalla recezione alia polemica sulla codificazione*, Gênova. Compagnia dei Librai, 1999.

ou de um legislador, mas que antes surge como costume, ou seja, da ética e da crença popular, para que logo a jurisprudência lhe desse forma. Com isso, mostrava uma clara simpatia pelo direito inglês e, por conseguinte, uma tendência claramente conservadora. Conforme o exposto e face à disparidade normativa, acreditava que, na Alemanha, regia o direito romano antigo (trazido pela recepção) com as contribuições dos glosadores e do jus naturalismo, elementos a partir dos quais concebia um sistema com a liberdade como conceito ético central⁵⁵.

No século passado, o pensamento de Savigny foi objeto de muitas críticas, tais como desconhecer a influência dos glosadores e das escolas do direito natural, introduzir sua teoria de *Volksgeist* de forma confusa, nebulosa e com um fundo místico, não ter provado suficientemente a tese da necessidade da recepção, entre outros.⁵⁶

Os seguidores da escola histórica se dividiram logo em *pandectistas* (como Puchta), que suscitaram a jurisprudência de conceitos, e *romanistas* (que seguiam a ideia antiga de Savigny), mas frente a ambos se elevaram os *germanistas*, que, com Georg Beseler⁵⁷, consideravam o direito romano uma desgraça nacional para a Alemanha.

A *recepção* do direito romano havia se completado na Alemanha no século XV e, nas universidades, ensinava-se tanto o direito romano quanto o canônico, a partir da de Praga em 1348, sendo o direito romano fonte subsidiária⁵⁸. Porém, os *germanistas* retomaram a ideia de *Volksgeist* e o costume como fonte do direito, propugnaram a participação de leigos na justiça e, contra os romanistas, impulsionavam uma volta ao direito popular que acabasse com o direito duplo que a recepção tinha imposto⁵⁹.

O nacional-socialismo extremou as ideias que provinham dos germanistas e levou ao ápice a idealização do direito germânico, considerando a vida camponesa como o ideal da cultura germânica, inclusive no próprio programa do partido⁶⁰, que, em seu princípio 19º, rezava: *Exigimos substituir a cosmovisão*

55. É interessante o livro coletivo *Savigny e a ciência do direito*, Valparaíso, Revista de Ciências Sociais, Faculdade de Ciências jurídicas, Econômicas e Sociais, edição organizada por Agustín Squella, 1979, dois tomos.

56. Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Munique, C. H. Beck, 2008, p. 350.

57. Bernd-Rüdiger Kern, *Georg Beseler. Leben und Werk*, Berlin, 1982.

58. Ulrich Eisenhardt, *op. cit.*, p. 97.

59. *Ibidem*, p. 352.

60. Walther Darré, *Blut und Boden*, em Lammers e Pfundtner (eds.) *Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates*, t. I. Gruppe 1, Beitrag 3, Berlin, 1936.

*materialista proveniente do direito romano por um direito comum alemão*⁶¹.

Não obstante, é bom considerar que a ciência jurídico-penal alemã seguiu sempre quase identificada com a filosofia jurídica europeia do seu tempo, de modo que a escola histórica pesou muito mais no direito privado⁶² e não obstaculizou nem um pouco o processo de codificação penal.

4. O DELÍRIO DE NICOLAI

A máxima expressão de conjunto das consequências jurídicas da cosmovisão nazista foi levada a cabo por Helmut Nicolai, um sujeito bastante desequilibrado⁶³, mas com enorme capacidade de síntese, que conseguiu pôr tudo em um pequeno volume, no qual chega ao extremo do romantismo, de modo que o leitor despreparado tem a impressão de ter perante seus olhos um completo delírio muito bem sistematizado.

Começa subestimando o direito romano, a que atribui uma disposição interna materialista; enquanto isso, no direito germânico, reinaria um espírito comunitário. No primeiro, afirma que o poder sobre o direito domina; no segundo, o direito sobre o poder. Como muitos outros, sustenta que Roma tinha sofrido uma mescla de raças que não se podia considerar um povo, o que lhe fez perder o espírito e converter-se em um conjunto sustentado apenas pela força de uma máquina estatal sem alma, cujas leis foram compiladas em 535 d.C. por um imperador do oriente. *O romano dos últimos tempos* — escreve — enxergava nos humanos individuais uma essência valiosa por si mesmo, que não requeria nenhuma relação com os outros humanos, regulada por preceitos jurídicos externos; na medida em que não existissem estes preceitos, poderia fazer ou deixar de fazer o que quisesse ou aquilo de que gostasse. Diferente é para o germano, para quem é óbvio que o humano não está sozinho para si e por si. Cada homem tem um pai, um avô, um bisavô, um tataravô, entre outros, dez, vinte, cinquenta, cem, mil antepassados, cadeia que chega ao infinito, ou seja, a Deus, e se projeta também ao infinito no futuro⁶⁴.

Desse modo, Nicolai vinculava a raça ao divino através do mandato de

61. Falk Ruttke, *Rassenhygiene und Recht*, em Ernest Rüdin (ed.). *Erblehre und Rassenhygiene im völkischen Staat* (hg. von Ernest Rüdin), Munique, 1934.

62. Tatjana Hörnle, *op. cit.*, pp. 1265-p. 1266; Manuel de Rivacoba y Rivacoba só detecta a influência de Savigny na obra de Pellegrino Rossi (*op. cit.*, cuidada por Agustín Squella, t II, p. 817).

63. V. nosso estudo preliminar de Helmut Nicolai. *A teoria do Direito segundo a Lei das raças. Alinhamentos de uma filosofia jurídica nacional-socialista*. Buenos Aires, CLACSO, 2015; sobre esta personagem, também Martyn Housden, *Helmut Nicolai and Nazi Ideology*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1991.

64. *Die rassengesessliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistische Rechtsphilosophie* von Dr. Helmut Nicolai, Leiter der Innenpolitischen Abteilung der Reichleitung der NSDAP, München, Eher, 1932, pp. 11-12.

honrar aos pais e aos antepassados, derivando também disso que a sociedade nórdica devia ser patriarcal, enquanto as matriarcais eram as asiáticas e as judaicas, por isso o feminismo seria também judeu e oriental.

Como o direito provém do Deus pai máximo, apresenta-se na consciência em forma de lei vital (biológica), procedente de *uma origem do mundo do qual a cruz da gama (das Hakenkreuz) é o símbolo*. É por isso, afirma, que resulta por completo estranho ao germano conceber um direito que se impo- nha de fora e por meio da força. *A ideia do poder é por completo desconhecida para o direito alemão, porque para ele estava antes o direito, a ordem existente, que os deuses e os homens estão destinados a servir*. Afirma que o direito é vivente, nasce com o homem como instinto jurídico e se dá na consciência, *que mostra o que é verdadeiro e o que é falso, o que é bom e o que é ruim*⁶⁵.

Afirma que a família não implica nenhuma divisão do povo, mas sim ordem dentro deste, pois é *a máxima unidade biológica, a que o homem deve servir e cuja conservação deve ter como sua mais alta tarefa vital*.

A discriminação racial é derivada deste modo: *Desta comunidade de sangue provém o direito. Como consequência, somente dentro da comunidade do povo o direito é válido. E porque a comunidade do povo é comunidade de sangue, é esta também comunidade jurídica, dos partícipes do direito. Igual sangue dá igual direito, porque o direito está condicionado pela ascendência. Quem está fora do povo está fora da paz, fora da ordem jurídica, nem tem iguais direitos nem é igual aos outros*⁶⁶.

Afirma que é por isso que o direito germânico conhecia como pena máxima a *perda da paz* ou a exclusão da comunidade do povo. Quem demonstrasse ser *degenerado*, não útil na comunidade do povo, devia ser expulso da comunidade dos racialmente valiosos conforme a legalidade vital, sem receber mulher nem engendrar, porque os caracteres *degenerados* deviam ser suprimidos, *inclusive sem culpa, porque eram inatos, e sua mera existência ameaçava a totalidade*⁶⁷, uma vez que podia gerar outro com os mesmos caracteres.

Idealiza o direito germânico, ou seja, que segue a corrente romântica de conceber um paraíso, só que o põe no passado, como *paraíso perdido* que deve ser recuperado. Introduce repetidamente a ideia de *lealdade* ou *fidelidade (die Treue)*, central para o conceito jurídico nazista. *Eram altas as*

65. *Ibidem*, p. 13.

66. *Ibidem*, p. 16.

67. *Ibidem*, p. 17.

exigências que se demandavam para o correto comportamento do indivíduo. A lealdade era o núcleo da essência germânica. O direito e o bom não era o que não estava proibido, como na concepção romana e na nossa atual, mas sim o que o mandato ético ordenava fazer.

A honra provinha da lealdade e era a posição que cada um ocupava na comunidade, quer dizer, o conjunto de deveres éticos que se derivavam desta posição. Assim o direito abria passo a partir da ideia de eticidade, em cujo ponto central estavam a lealdade e a honra como pedra fundamental da forma de ser alemã, e a sua força que obriga provinha do sangue, unida em infinita corrente perpétua à vida. Obviamente, isto nega radicalmente a separação iluminista entre moral e direito, pecado e delito:

*A separação romana da lei e a moral era estranha ao direito germânico que, pelo contrário, considerava direito só o que se correspondia com a perpétua ideia ética*⁶⁸.

Em um capítulo chamado *A nostalgia pelo direito alemão*, critica o direito dos juristas, a jurisprudência de conceitos⁶⁹ e pede um novo direito conforme a tradição germânica, invocando, em seu favor, Lutero, Goethe, um bispo católico, Montesquieu e Otto von Gierke⁷⁰. Embora critique Savigny por exaltar o direito romano, reivindicando-o como o jurista que revaloriza realmente a capacidade criativa do direito popular, assim como toda a escola histórica que cita como apoio da sua tese.

Como consequência deste conceito *intuitivo do jurídico*, reduz a função da lei: *A lei facilita ao juiz a tarefa de encontrar o direito. O juiz é servidor do direito, não da lei, deve dizer o direito, não interpretar a lei, e se o fio da lei desse lugar a uma injustiça, deverá evitá-la e decidir segundo o bem, baseando-se de forma independente*⁷¹. Como exemplo da independência de critério valorativo do juiz, menciona as cláusulas gerais do código civil, que demonstrariam que nem o próprio legislador pode prever todas as circunstâncias. O resultado disso não podia ser outro além de uma insegurança jurídica *programada*⁷².

Cabe lembrar que a ideia de que o conceito do direito provém de um *sentimento* não era nova nem perto disso, posto que anos antes tinha

68. *Ibidem*, p. 18.

69. Tampouco o nazismo admitia a jurisprudência de interesses, por considerá-la um produto do liberalismo do século XIX, especialmente na versão de Philipp Heck (cfr. Bernd Rüthers, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristien im Dritten Reich*, Munique, Beck, 1988, p. 40).

70. Helmut Nicolai, *op. cit.*, pp. 20-21.

71. *Ibidem*, pp. 38-39.

72. Cfr. Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 29.

sido discutida e enfaticamente rechaçada por Ernst von Beling, quem, com toda a razão, havia assinalado o seguinte: *Tentou-se encontrar no sentimento jurídico (Rechtsgefühl) o fundamento de onde extrair o conceito do direito, mas isto é psicologismo acrítico. Para distinguir entre os muitos sentimentos dos seres humanos um que responda a nome do sentimento jurídico, necessitamos antes ter o conceito do direito. Nenhum sentimento se abre em nós como um sentimento do direito como tal*⁷³.

5. A HISTÓRIA ROMÂNTICA DO DIREITO

Nicolai traça um grande desenvolvimento histórico e adverte que depois da *recepção* do direito romano produziu-se uma *fixação do direito*, que, quando uma autoridade externa o impõe, trabalha-se em forma de comentários que acabam em um sistema, o que expõe um paralelo com a teologia⁷⁴. Era esta, de fato, a verdadeira ciência (e não o direito romano), ou seja, a ciência dos comentários, pois tanto os comentários dos canonistas como os dos glosadores tratavam de evitar as contradições no entendimento dos textos. Com o direito canônico, a interpretação passou a ser *fonte do direito e este seria fixado de fora*, tentando a fixação da totalidade da vida e *fazendo o processo* da vida com a jurisdição, fenômeno a que atribui o estranhamento do povo com o direito (*o estranhamento em relação à vida – Lebensfremdheit* -dos juristas)⁷⁵.

A elaboração científica de um texto previamente fixado (supostos de fatos legais, tipos ou *Tatbestände*) é o que se chama de *interpretação* e, assim como no desenvolvimento eclesiástico medieval, o poder estatal procurou controlar a interpretação. Em parte, tentou fazê-lo introduzindo os princípios interpretativos na mesma lei; em parte, submetendo o juiz nos casos duvidosos a um conselho institucional⁷⁶. Afirma que o desenvolvimento da fixação e da abstração avançam juntos, o que gera um saber jurídico que o novo estado requer superar, com nostalgia também do velho paraíso perdido do direito popular germânico.

Admite que a escola de direito livre pôde ser uma precursora na tarefa que incumbia ao novo direito nazista, porque não pretendia que o juiz

73. Seguidamente Beling tomava conta do conceito dirigido em função de psicologia coletiva, conforme a escola da jurisprudência sociológica de Eugen Ehrlich, que considerava um reducionismo sociológico (Ernst von Beling, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Augsburg, 1923, pp. 10-12).

74. Atribui a sinalização deste vínculo com a teologia a Leibniz. Lembra que também se refere a isto Carl Schmitt (*Politische Theologie*), mas esclarece que não tem nada a ver com a relação similar manifestada por Kelsen em *Der soziologische und der politische Staatsbegriff* (*op. cit.*, p. 28).

75. *Ibidem*, p. 41.

76. *Ibidem*, p. 49.

deduzisse da lei a solução, mas que a criasse a partir do seu *sentimento jurídico*. Precisa que esse sentir não pode ser livre ou pessoal, mas deve ser conforme o sentir de um povo, citando Blackstone: *pode e deve reger-se não segundo seu “sentimento privado”, mas sim conforme a objetiva concepção popular*.

A este complicado desenvolvimento segue uma pretendida racionalização realmente infantil: confere à lei uma função clarificadora e orientadora, distingue-a da *lei fixada*, porque, conforme o modelo germânico, não vem *de fora*, mas emana do povo, é interna. O *Führer* não impõe nenhuma lei, porque *o Führer do povo não é nenhum César, para o qual o povo é um mero material para a realização dos seus planos, mas sim está unido à lei essencial do seu povo e expressa com a sua decisão o que o povo mesmo deve reconhecer quando compreende bem*⁷⁷.

À medida que aumentem *novos vínculos em forma de ética*, pensa que *será diferente a forma de coação requerida: em lugar da coação de execução imediata, do mesmo modo que no direito hereditário e na chamada justiça de honra, tratar-se-á de uma coação mediata por meio da ameaça de perda da posição jurídica dentro de uma maior ou menor comunidade*⁷⁸. Isto parece ser uma volta romântica ao paraíso germânico, com muito escassa e quase nula coação penal.

Embora o escrito de Nicolai pareça delirante, a realidade é que inventava muito pouco, pois não são menos as outras histórias do direito, como a de Karl Michaelis⁷⁹, quem fora um destacadíssimo membro da *escola de Kiel*⁸⁰ e quem, depois da guerra, voltou à cadeia de História do direito em Münster.

6. OS PSEUDONCEITOS ROMÂNTICOS

A leitura dos juristas dos anos que nos cabe com frequência impressiona como um verdadeiro *alarde jurídico*, infestada de pseudoconceitos próprios da publicidade mediática e que procuram tornar alvo os sentimentos: *espírito do povo* (*Volksgeist*), *alma popular* (*Volksseele*), *alma da raça* (*Rassenseele*), *sangue* (*Blut*), *chão* (*Boden*), *vida* (*Leben*), *ordem concreta* (*konkrete Ordnung*), *sentimento jurídico* (*Rechtsgefühl*), entre outros⁸¹. A atual técnica publicitária — não só comercial, mas também política — mostra como as palavras são

77. *Ibidem*, p. 59.

78. *Ibidem*, p. 60.

79. Karl Michaelis, *Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts*, em Georg Dahm: Ernst Rudolf Huber; Karl Larenz; Karl Michaelis; Friedrich Schaffstein e Wolfgang Siebert, *sämtlich Professoren der Rechte in Kiel, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935.

80. Sobre essa escola, v. *infra*, VI, A, 1.

81. Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 30.

manipuladas para impactar no aspecto afetivo e neutralizar ou dificultar o exercício da crítica racional.

Nos poucos casos em que se pretendia conceitualizar, não se fazia mais que expressar inconsistências pouco compreensíveis, como que há um *espírito* (*Geist*) que é nato e provém de uma equipe herdada, acrescentando que o espírito inato é o que determina a essência do homem, ou que a raça não é algo puramente corporal (sangue) em oposição ao espírito, mas a raça é o espírito mesmo⁸², distinções nas quais parece filtrar-se certa escatologia oriental sem expressar.

O vazio semântico é um recurso publicitário e, por conseguinte, quando passa para o discurso jurídico, não o converte em uma *publicidade* (uma vez que seu público é muito limitado), mas sim neutraliza a segurança jurídica, porque elimina toda a previsibilidade nas decisões que, em suma, ficam à mercê da arbitrariedade dos publicitários. Outro recurso é a apelação a pseudoconceitos incompreensíveis, para, em seguida, rechaçar toda objeção por suposta incapacidade do intérprete, a quem se acusa de *carecer da sensibilidade necessária*.

Em linhas gerais, os juristas desse tempo se apresentavam como arautos de um pensamento jurídico *realista*, quando, em verdade, apenas afundavam-se em um insuportável idealismo raivoso que acabava em um *jus naturalismo perverso*. A pretensão de que *dos fatos sai o direito*, ou seja, que do *ser* sai o *dever ser*, dá lugar a um *direito natural* arbitrário, produto do forçamento *dos fatos*, muito diferente do realismo, que reconhece os fatos — o factual, o mundo em sua realidade —, mas só com o poder de assinalar um limite ao *dever ser* que não queira terminar em um disparate.

O famoso pensamento da ordem concreta (*konkreten Ordnungsdenken*) de Carl Schmitt pretendia que cada âmbito da vida (família, parentesco, estamento, burocracia, forças armadas, trabalhadores, negócios, etc.) tivesse uma estrutura própria, mas a verdade é que a interpretavam conforme seu desejo, no marco de uma *escolástica particular*, derivada de uma suposta ética de deveres impostos pela sua famosa *comunidade do povo*.

Tratava-se de destruir a ordem vigente das leis escritas, para substituí-la pela arbitrariedade absoluta, com uma suposta ordem que identificava ética e direito, inclusive sonhando com o desaparecimento do *Estado de leis*, para surgir, no futuro, um *direito de comunidade*. Nesse momento, colocavam o

82. Max Robert Gerstenhauer, *Das ewige Deutschland. Idee und Gestalt*, Leipzig, 1940, em Herlinde Pauer-Studer e Julian Fink (eds.), *Rechtfertigung des Unrechts*, pp. 398 e ss., 406.

último sobre o primeiro, fazendo do Estado e das suas leis o instrumento de um sistema que se perdia no mistério dos pensamentos da *Volksgemeinschaft* cujo intérprete máximo era o Führer, porque nosso direito deve ser um *direito de senhores e não de escravos*⁸³, segundo o presidente da Academia nazista.

Em função desta arbitrariedade, em 1938, introduziu-se, no direito de família, o princípio segundo o qual um matrimônio se dissolvia quando não era útil ao povo, sem considerar a opinião nem a situação dos cônjuges. Ainda, usou-se a fórmula do *sentimento são do povo* (*gesunden Volksempfinden*) no direito civil para legitimar as confiscações aos judeus, decididas pelo ministro da justiça, invocando as cláusulas gerais do código civil, cujo uso era defendido por Heinrich Lange e outros, para serem usadas como *cláusulas de luta* (*Kampfklausein*) e não como *saídas de relógio cuco* (*Kuckuckseier*)⁸⁴. Deve-se observar que, embora a perseguição de judeus não atendessem em geral a um objetivo exclusivamente monetário, é inegável que o resultado das confiscações proporcionou grandes lucros, até o ponto em que se tomaram medidas impositivas para taxar as excessivas rendas fruto da *arianização*⁸⁵.

Em resumo: o direito legal devia ficar subordinado a uma interpretação arbitrária, que, no fim das contas, remetia à vontade do Führer como último juiz. Não deixa dúvida a esse respeito a justificativa da *noite das facas longas* por Carl Schmitt: *O Führer protege o direito dos piores abusos, quando perante o perigo cria o direito em junção da sua condução como máximo senhor do tribunal. // O verdadeiro Führer sempre é também juiz. Da condução deriva a judicialidade. // Na verdade, o fato do Führer foi autêntica judicialidade, não submeteu à justiça, mas sim foi ele mesmo a máxima justiça. // O poder judicial do Führer se origina na mesma fonte jurídica de todo o direito do povo. Na necessidade máxima, protege-se o máximo do direito e aparece o máximo grau de judicialidade vingadora para a realização deste direito*⁸⁶.

Observou-se que muitos destes juristas provinham do hegelianismo, e tentavam uma reinterpretação de Hegel na qual o Estado, como síntese da *eticidade*, passava a ser um pouco parecido com a *comunidade do povo*⁸⁷.

83. Hans Frank, *Lebensrecht, nicht Formalrecht*, em *Deutsches Recht*, 4, 1934, p. 231.

84. Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Munique, 2008, pp. 432 e ss.

85. Cfr. Franz Neumann, *Behemoth. Pensamento e ação no nacional-socialismo*, México, FCE, 1943, p. 310.

86. Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Jul. 1934*, em “*Deutsche Juristen-Zeitung*”, 1934, p. 945. Sobre este episódio e seu vínculo com von Schleier, também Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt teórico do Reich*. Bologna, Il Mulino, 1989, p. 209 e ss.

87. Bernd Rüthers, *op. cit.*, p. 80.

B. A FIXAÇÃO ANTISSEMITA

1. A RAÇA E AS LEIS RACIAIS

O antissemitismo era comum em toda a Europa, o estereótipo do judeu não foi inventado pelo nazismo, como tampouco foi a velha condenação da Igreja. Esse antissemitismo totalmente *religioso* — como já falamos — foi derivando para o *econômico* e deste para o *racial*, dando origem a uma versão militante, de que no final do século XIX a direita francesa era claro exemplo⁸⁸, com autores como Edouard Drumont⁸⁹, Charles Maurras⁹⁰, entre outros. O mito dos *Protocolos* era comum fazia décadas⁹¹.

Até os próprios judeus se ocupavam de alguns argumentos dos antissemitas: Max Nordau, um positivista notoriamente biólogo que teorizava sobre a degeneração, considerava que esta afetava os artistas do seu tempo e se enfurecia com Oscar Wilde⁹². Postulava justamente a criação de um estado judeu para pôr fim ao processo de degradação racial dos judeus europeus, pensando em um novo e vigoroso *Muskeljudentum* que substituísse o *intelectual judeu, sutil neurótico e debilitado pelas enfermidades das grandes metrópoles ocidentais*⁹³.

Entretanto, foi no nazismo que o antissemitismo racial não só se levou ao extremo com a mais perversa e terrível brutalidade, mas também alcançou a exaltação da irracionalidade teorizadora e legitimadora. *Raça e povo* foram diretamente os conceitos centrais da *Weltanschauung* nazista, que alguns definiam como uma *filosofia*, a qual continha uma ideia supostamente tão certa, até o ponto em que *finalmente, penetrará e dará forma à totalidade da vida e da cultura do povo. A isso se chama um movimento, e um dessa natureza é o nacional-socialismo*⁹⁴.

A partir do mito da *raça ária* adotado como central na concepção nazista do mundo, o direito que dela se derive terá como missão fundamental a preservação dessa suposta pureza.

88. Cfr. Edward R. Tannenbaum, *The Action Française. Die-hard Reactionaries in Twentieth-Century France*, Nova Iorque, s. d., p. 155 e ss. Este antissemitismo francês chegou à incipiente extrema direita sul-americana (cfr. Sandra Megee Deutsch, *As direitas. A extrema direita na Argentina, no Brasil e no Chile, 1890-1939*), Universidade Nacional de Quilmes, 2005).

89. Edouard Drumont, *La France juive. Essai d'histoire contemporaine, Édition illustrée de scenes, vues, portraits et plans d'près les dessins de nos meilleurs artistes*, Paris, Gautier, s. d.

90. James McCearney, *Maurras et son temps*, Paris, Albin Michel, 1977.

91. V. Norman Cohn, *O Mito da conspiração judaica mundial. Os protocolos dos sábios de Sião*, Madri, Alianza, 1983.

92. Max Nordau, *Degeneração*, trad. de Nicolás Salmerón e García, Madri, 1902; também Anna e Max Nordau, *Max Nordau. Sentinela da civilização*, Buenos Aires, 1943.

93. Enzo Traverso, *op. cit.*, p. 140.

94. Max Robert Gerstenhauer, *op. cit.*, p. 398 e ss.

Aparece uma espécie de competência para extremar as consequências deste mito, às vezes seguindo a ponderação do racismo norte-americano por Hitler em *Mein Kampf*. Neste sentido, Ludwig Fischer (executado em 1947 na Polônia pelos seus crimes de guerra) escrevia: *Acaso não se conhece que, por exemplo, nos EUA não menos de trinta estados proibem a mescla de brancos e de cor e em parte a ameaçam com pena, ou que a Inglaterra só pôde construir e conservar seu império mediante a rígida separação dos povos submetidos de outras raças? Na Inglaterra está também hoje socialmente observado todo inglês que viola esta lei não escrita e se mescla sexualmente com os de cor. Com que direito se quer que a Alemanha não faça o que outros povos aprovam?*⁹⁵.

A partir destes critérios, Falk Ruttke postulava um direito como *ciência da luta* pela pureza da *raça* e até chegou a ocupar uma cadeira de um suposto *direito racial*. Não obstante, a mais curiosa das propostas deste insólito jurista foi o projeto de criação de uma verdadeira *família racial judicial*. Embora pareça mentira, escreveu o seguinte: *O Estado não pode nem deve deixar que os juízes que nomeie não realizem uma correta seleção do casal ou que não escolham nenhuma, mas sim deve lhes possibilitar um matrimônio cedo (entre outras coisas por meio da segurança econômica). Deste modo, responderemos a uma urgente necessidade de famílias judiciais de herança sã, com muitos filhos, racialmente valiosas. Só por esta via é possível uma seleção de juízes dispostos a sustentar e cuidar a ideia alemã do direito. Os juízes, assim como os médicos, são os protetores da higiene racial*⁹⁶.

O que é certo é que ninguém colocava em evidência a ideia básica de que qualquer violação à proibição de relações inter-raciais era uma falta muito grave: *Traição à raça é toda grave contravenção contra a pureza da família como célula originária do povo, como também toda maliciosa resistência às leis sancionadas em proteção da conservação e fomento do patrimônio hereditário alemão e às suas medidas de depuração. Traição à raça é também a desmoralização da vontade reprodutora do povo*⁹⁷.

Gerhard Wagner foi o *Führer dos médicos do Reich* (*Reichärztführer*) e propulsor das leis raciais. O seu discurso racial era claramente legitimador do assassinato maciço de doentes⁹⁸, que vinha precedido pelo deplorável folheto

95. Ludwig Fischer, *Rassenschande als strafbare Handlung*, em “Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht”, 1935, p. 536.

96. Falk Ruttke, *op. cit.*

97. Ludwig Fischer, *op. cit.*

98. V. Alice Ricciardi von Platen, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, Le Lettere, 2000.

de Binding e Hoche⁹⁹, como também da esterilização.

Este *médico da morte* (que morreu de causas naturais em 1939) afirmava que a negação da desigualdade humana é uma atitude comum ao liberalismo e ao bolchevismo, que destrói os povos, pois, ao fomentar por igual os elementos sãos e os defeituosos, permite a degeneração pela difusão de taras hereditárias. Como acreditava que os defeituosos se reproduziam mais que os sãos, assegurava que isto fazia proliferar as famílias minoritárias doentes, o que considerava irrefutável, já que o aumento da percentagem de doentes internados superava muito o índice de aumento da população.

Seguindo o perverso curso do seu pensamento, afirmava que o crescente investimento orçamentário em estabelecimentos para tontos hereditários *instala uma injustiça inaudita contra a parte sã e capaz da população, para a qual o paulatino crescimento dos recursos é menor. Enquanto aumentam os gastos para os internados em estabelecimentos para idiotas, falta ao mesmo tempo mais e mais dinheiro para poder garantir a vida ou a ascensão social às famílias sãs e reprodutoras. Acrescentava que o mais funesto topo desta posição se alcança com a praxe marxista e bolchevique da limitação de nascimentos e o aborto. Enquanto todos os doentes hereditários e tontos se multiplicam sem impedimento, as famílias sãs começam a desaparecer pela baixa taxa de natalidade*¹⁰⁰.

Algumas aberrações muito graves também eram ouvidas e praticadas nos Estados Unidos e em outros países¹⁰¹, fora do marco da *Weltanschauung* nazista, mas este as combinou com a obsessão antisemita e as elevou à categoria de tema central da sua cosmovisão: *As teorias da igualdade ignoram também os limites das raças, e, em especial, os limites entre europeus e judeus. A consequência é uma crescente mescla com sangue judeu por completo alheio a nós. Esta bastardização crescente leva consigo as mais funestas consequências, porque não só contradiz a ordem da natureza (que estabelece os limites de cada raça), mas porque, além das já bastardeadas características raciais dos judeus, também provoca uma mescla análoga nos indivíduos que dali derivam, e, com isso, um incomensurável perigo para a comunidade do povo.*

99. Sobre a influência de Binding/Hoche no assassinato de pacientes nazistas: Malte Diesselhorst, *Die Euthanasie im “Dritten Reich”*, em Ralf Dreier u. Wolfgang Sellert (Hrsgs.), “Recht und Justiz im “Dritten Reich””, Frankfurt a. M., 1989, p. 118.

100. Gerhard Wagner, *Die Nürnberger Judengesetze, Nationalsozialismus, Rassen- und Bevölkerungspolitik*, Munique, 1938, pp. 7-16.

101. V. por exemplo, a obra histórica de Edwin Black, *War against the Weak, Eugenics and American's campaign to create a master race*, Nova Iorque, 2003; Ignacio Czequn; Eric Heilgedorf e Jürgen Weitzel (eds), *Eugenik und Euthanasie 1850-1945*, Baden-Baden, 2009; entre nós, Marisa Miranda e Gustavo Vallejo, *Uma história da eugenia. Argentina e as redes bio-políticas internacionais 1912-1945*, Buenos Aires, Biblos, 2012.

Como medidas de *higiene social* negativas, sustentava a proibição de matrimônios mistos e a esterilização. Em relação à resistência de grupos religiosos a esta última, afirmava que a tolerância tem limites e nada têm que fazer as igrejas com as *coisas deste mundo*, posto que *o nacional-socialismo reconhece a natural e por Deus querida desigualdade entre os homens, como fundamento de toda vida cultural e extrai as suas consequências dali*¹⁰².

Na mesma linha, com pretensão *científica*, racionalizava o impulsionador das leis de esterilização: *Quanto mais ajuda artificial e social seja emprestada à geração humana, maiores irão sendo os requerimentos futuros. Quanto mais se possibilite a cada indivíduo uma vida cômoda, sem considerar seu valor e sua equipe biológica, em face da saúde hereditária e do número de filhos da família, como se fez até agora na política social mais rapidamente estará um povo na crise dos que se dissolvem e desaparecem*. Daqui, deduz que o casamento tardio, a camaradagem juvenil, o celibato, a homossexualidade, entre outros, são uma ameaça para a raça branca e, em particular, para a germânica¹⁰³.

O principal autor dos projetos *da Lei para a proteção da honra e do sangue alemães e da Lei de cidadania do Reich*, base das leis de *Nürnberg* de setembro de 1935, não foi médico, mas sim advogado: Wilhelm Stuckart, que, aparentemente, também participou do decreto de eliminação de recém-nascidos disformes e representou o ministro do interior na conferência de Wansee, onde se decidiu a *Shoá*.

Este obscuro e sinistro personagem é autor do mais difundido comentário sobre a lei de 1935¹⁰⁴; foi liberado em 1949 e faleceu em 1953 em um acidente rodoviário não muito explicado.

Considerava que os judeus não eram uma minoria nacional, por não serem uma *nação*, e tampouco eram um povo. Dizia que os judeus foram liberados pela Revolução Francesa e, no século XIX começaram a confundir-se com os alemães, como marxistas ou como liberais. Esta confusão tinha lhes permitido uma enorme influência nas finanças, que não guardava proporção com a sua representação na população (que estimava ser de 1%). Entrava logo na classificação para problematizar a questão dos mestiços

102. Gerhard Wagner, *op. et loc. cit.*

103. Arthur Gütt, *Bevölkerungs- und Rassenpolitik*, em Hans Lammers e Hans Pfundtner (eds.), *op. cit.*, t. I, Gruppe 2, Beitrag 12.

104. *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935. Wilhelm Stuckart – Hans Globke, Kommentare zur deutschen Rassegesetzgebung. Becksche, 1936 (Globke foi após funcionário da República Federal).*

(*Mischling*), estabelecendo uma ordem segundo os avós: totalmente judeu, três quartos, meio e um quarto¹⁰⁵.

Entretanto, o delírio, às vezes, não estava muito bem sistematizado. Assim, por exemplo, von Leers, um ativo propagandista antissemita, afirmava que os judeus não configuram uma raça, mas sim uma *cria* de tipos humanos determinados, embora, seguidamente, afirmasse que, ao manter relações sexuais com outras raças, *poluem-nas e cada vez conservam mais pura a própria* (que antes disse não ser uma raça)¹⁰⁶.

2. O ANTISSEMITISMO DE CARL SCHMITT

O delírio racista antissemita estendeu-se amplamente pelo campo jurídico, e se afirmaram, por exemplo, por parte do advogado criminalista Karl Siegert (catedrático de *Göttingen*), besteiras tais como que o judeu sofre de um *grosseiro individualismo racialmente condicionado, que se explica — como diz a ciência da raça*¹⁰⁷ — *a partir das características das raças da Ásia Menor e é por isso que a nós alemães resulta tão particularmente chocante a mescla da raça judia. Para o homem europeu, o espírito e o corpo configuram uma unidade inseparável que obtém da vida sua força criadora. O espírito asiático, ao contrário, procura destruir os valores de todos os outros homens. Trata de tornar-se espírito puro. Não flui do interior do homem, mas sim lhe é imposto por uma lei externa. A partir do espírito da Ásia Menor, é que se explica a fé na lei (Gesetzgläubigkeit) dos judeus*¹⁰⁸.

Em seguida, empreendia-a Siegert contra Julius Glaser e James Goldschmidt, defendendo a expulsão dos últimos advogados judeus da administração de justiça. *Um judeu não pode tampouco como advogado testemunhar o direito alemão e em proteção do povo não pode absolutamente operar na justiça penal. É nossa tarefa extirpar de toda posição de poder qualquer espírito judeu. A este espírito judeu queremos opor um firme pensamento alemão*¹⁰⁹.

105. Wilhelm Stuckart/Rolf Schiedermaier, *Rasse und Gesetzgebung, Rasse und Gesetzgebung, em Rasse und Erbpflege in der Gesetzgebung des Dritten Reiches*, Leipzig, 1938, pp. 9-18. Sobre estas chamadas leis de *Nürnberg* e a inesperada individualização do judeu segundo seus ancestrais, Thomas Vormbaum, *op. cit.*, p. 206.

106. Johann von Leers, *Rassengeschichte des deutschen Volkes*, em Lammers u. Pfundtner, *Grundlagen*, cit., t. I, Gruppe 1. Beitrag 4. Esta personagem se converteu ao Islã logo depois da Guerra, mudou de nome e foi agente dos serviços secretos egípcios.

107. Cita Ludwig Ferdinand Clauss, *Rasse und Seele (Raça e alma)*, publicado em 1934, que foi aluno de Husserl e que desenvolveu um delirante método *fisionômico-mímico*.

108. Karl Siegert, *Das Judentum im Strafverfahrensrecht*, em *Das Judentum in der Rechtswissenschaft. 4. Judentum und Strafrecht*, Deutscher Rechts-Verlag, Berlim, 1936, pp. 19-38. Segundo os dados de *Festschrift* pelos 200 anos da Universidade de Berlim, este autor nasceu em 1903 e morreu em 1988.

109. *Ibidem*, p. 38.

Estas loucuras não são apenas de autoria de personagens secundários do pensamento jurídico, mas também dos de primeira fila, cujas *teorias* às vezes parecem renascer sob roupagens inimagináveis. É o caso do Carl Schmitt — em cujas infelizes teorizações não insistiremos aqui¹¹⁰ —, sobre quem é importante destacar em que medida compartilhava plenamente o componente delirante, identificando os judeus como o *inimigo* da sua famosa bipolaridade política, a fim de evitar algumas confusões atuais, que costumam relevá-lo ou evitá-lo.

Na jornada do grupo oficial de *altos acadêmicos* sobre *O judaísmo na ciência jurídica*, organizada por Schmitt em 1936, ao inaugurá-la expressou que devia desenvolver-se sob três princípios fundamentais: o primeiro era de Hitler, o segundo de Hans Frank e o terceiro de Theodor von der Pfordten¹¹¹. Em resumo, propunha a liberação do espírito alemão de toda influência judaica que o envenenasse. *Não esqueçam* — disse — *o que significa que ano após ano, semestre após semestre, quase ao longo de um século, milhares de jovens alemães, futuros juízes e advogados, tenham passado através da escola de doutrinários jurídicos judeus, que os tratados e comentários dos mais importantes campos do direito provenham de judeus, que as mais importantes revistas jurídicas tenham sido dominadas por eles, que o pensamento tipicamente judeu seja tido como o único científico, e toda outra opinião como anticientífica ou ridícula. Só quem toma consciência do poder intelectual do judaísmo, tendo conhecido a sua total profundidade e todo seu âmbito, poderá compreender o significado da liberação que o triunfo do nacional-socialismo implica para o espírito e a ciência alemães*¹¹².

No fechamento da jornada, disse: *A lei judia parece, como todos os trabalhos o demonstraram, como a dissolução em um caos. A polaridade do caos e da legalidade judia, de niilismo anarquista e positivismo normativo, de grosseiro materialismo sensual e moralismo abstrato, coloca este fato tão claro perante os olhos, que devemos considerar como uma aquisição científica da nossa Jornada, que servirá de apoio a ulteriores trabalhos de ciência jurídica*¹¹³.

110. É sabida a sua posição em relação à política, como o poder de escolher ao inimigo, conforme a sua visão da polaridade *amigo-inimigo*, ou a sua teoria do *partidário*, que é o ensaio de legitimação mais clara da chamada *ideologia da segurança nacional*, em defesa do terrorismo colonialista francês de Raoul Salam (sobre isso, nosso *O inimigo no direito penal*, Bogotá, 2006, Madri, 2007). Sobre o efeito destrutivo de Schmitt na República de Weimar, José A. Estévez Araujo. *A crise do Estado do Direito liberal. Schmitt em Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989.

111. Juiz de profissão morto no golpe de estado de Hitler em 1923, autor do projeto de Constituição do regime que se pensava instalar e considerado mártir do NSDAP.

112. *Eröffnung der wissenschaftlichen Vorträge durch den Reichgruppenwarter Staatsrat Professor Dr. Carl Schmitt* (pp. 14-17), p. 16.

113. *Schlusswort des Reichgruppenanwalters Staatsrat Prof. Dr. Carl Schmitt em Das Judentum in der Rechtswissenschaft, Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichgruppe Hochschullehrer des*

Na linha seguinte, afirmava a necessidade de que, caso se cite um autor judeu, indicasse-se sempre tratar-se de um judeu. *O problema das citações é determinante. Depois de uma Jornada como esta, já não será possível citar um autor judeu como outro qualquer. Seria irresponsável colocar um autor judeu em posição de testemunha da coroa ou atribuir qualquer forma de autoridade.*

*Para nós, um autor judeu não tem nenhuma autoridade, inclusive nenhuma autoridade puramente científica. Esta afirmação é o ponto de partida no que diz respeito à questão das citações. Um autor judeu, se deve ser citado, é para nós um autor judeu. Adicionar a palavra e o signo “judeu” não é nenhum excesso, mas sim algo essencial, uma vez que já não podemos impedir que o autor judeu use a língua alemã. De outro modo não será possível limpar a nossa literatura jurídica*¹¹⁴. Terminou seu discurso breve de fechamento da jornada com citações de *Mein Kampf*.

3. MACHISMO E ANTISSEMITISMO

Resulta pouco verossímil, aparentemente pela sua desproporção, por seu escasso volume, que a *questão judia* — como era chamada — *tivesse a duvidosa honra de pôr em marcha toda a máquina infernal*¹¹⁵.

Ainda quando este estranhamento não encontre adequada resposta única, convém — entre as várias que se ensaiaram — considerar a ambivalência sexual e a afinidade do antissemitismo com o *pensamento viril alemão*, que se afirmou nos tempos de Freud, com o caso do Otto Weininger, o jovem judeu de Viena misógino — e aparentemente com tendência homossexual — que queria ser ariano e heterossexual e acabou se suicidando¹¹⁶.

Uma Alemanha de *senhores* vencida, com uma democracia fraca e dividida, sofrendo uma humilhação internacional, uma crise provocada pela inconsciência dos seus inimigos e a lenda *da punhalada pelas costas* (*der Dolchstoß in den Rücken*), cravada pelos fracos e mestiços judeus — além de pacifistas e bolcheviques¹¹⁷ —, era o campo propício para a invocação de uma *virilidade estatal*, que se reflete na estatutária musculosa e na exuberância

NSRB am 3. und 4. Oktober 1936, I. *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*, Deutscher Rechts-Verlag, Berlin, pp. 28-34 (P. 28).

114. *Ibidem*, p. 30.

115. Hanna Arendt, *op. cit.*, p. 25.

116. *Geschlecht und Charakter*, 1903.

117. A oposição à guerra de Liebknecht, sua ruptura com a socialdemocracia e sua condenação por traição alimentavam a questão da punhalada pelas costas de comunistas e judeus. A alegação por escrito de Liebknecht contra o militarismo havia sido publicada nos Estados Unidos durante a guerra: Karl Liebknecht, *Militarism*, Nova Iorque, 1917.

arquitetônica¹¹⁸. Em toda versão de direito *desumano*, conjugam-se elementos xenófobos e racistas, e também misóginos e homofóbicos¹¹⁹.

No caso de Schmitt e toda a sua geração, é interessante deter-se nos trabalhos de Nicolaus Sombart, quem, de uma perspectiva junguiana, conclui que *o problema antropológico da bissexualidade humana foi a questão vital e do destino desta geração de homens alemães*. Lembra que *a patriarcal sociedade de homens alcançou o ponto máximo do seu anacronismo básico no Reich Guilhermino, com seu patriarcalismo, seu militarismo, seu fetichismo do Estado, finalmente com sua misoginia. A socialização, o sucesso social demandava a radical negação do feminino. Um sacrifício brutal. Não restava a esta geração outra opção senão decidir-se por este estado viril. Mas essa decisão os deixou doentes*¹²⁰.

No fundo, acredita que o antisemitismo unicamente na aparência tem uma importância central, mas, em resumo, é só a metáfora de uma problemática muito mais profunda de um milenário destino humano. Aprofunde-se até os estratos mais profundos e se encontrará com a verdadeira contradição que determina todos os conflitos superficiais, a contradição de patriarcado e matriarcado, o dualismo dos princípios masculino e feminino¹²¹. Além disso, o “eterno feminino” era acima de tudo o inimigo. Suas famosas distinções são sempre exclusões, operações de uma estratégia masculina, dominadas pelo medo. Por trás da distinção entre estado e cidadão, estado e não estado, sociedade dominada pelo estado e sociedade livre do estado, autoridade e anarquia, ordem e caos, terra e mar, está sempre viva a fundamental dicotomia, a polaridade entre uma sociedade com domínio masculino do poder e outra sociedade, matriarcal, na qual o direito provém do princípio feminino¹²².

Com maior extensão, Sombart insiste em sua tese em um livro específico sobre Schmitt: *O complemento da decisão viril é o “desespero masculino”*. *A exigência permanente do superego sobre o pobre eu, a coerção constante à decisão, conduz a um estado de permanente angústia, que apenas em alguns momentos excepcionalmente estáticos se interrompe, para dar lugar a um sentimento de satisfação eufórico, infelizmente de curta duração. Como única*

118. Sobre estas imagens, os trabalhos em Heinz-Dieter Schilling (ed.), *Schwule und Faschismus*, Berlim, 1983.

119. Sobre a perseguição de homossexuais no nazismo, María Minata, *O direito penal e a Shoá. As minorias perseguidas: homossexuais, inimigos do “Terceiro Reich”*, em *Nossa Memória*. Buenos Aires, Museu do Holocausto Shoá, ano XVII, novembro de 2011, pp. 49 e ss.; Daniel Borrillo, *L’homophobie*, Paris, PUF, 2000. Quanto à jurisprudência posterior à guerra nesta matéria, Gerhard Pauli, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Berlim, 1992, p. 245.

120. Nicolaus Sombart, *Jugend in Berlin 1933-1943*, München-Wien, Hansen, 1984, p. 277.

121. *Ibidem*, p. 276.

122. *Ibidem*.

*segurança fica aferrar-se às autoridades: Deus, rei, Estado. A necessidade interna e o desespero impulsionam o homem ao Estado. “Não vão para o estado com alegria e sim com desespero”, diz Carl Schmitt de Hobbes e Bodino. E sobre Hobbes opina que seu desespero era muito mais profundo que o de Bodino*¹²³

Sombart afirma que Schmitt não era um produto de Hitler, mas sim do Bismarck e do guilhermismo, que isso o determinou a justificar a matança da Noite das Facas Longas (*lange Messer*)¹²⁴, em que também caíram o general Kurt von Schleicher e sua esposa, predecessor de Hitler na chancelaria e de que Schmitt tinha sido conselheiro nas sombras¹²⁵.

Embora Rùthers conteste esta interpretação, assinalando certa incompatibilidade com a personalidade de Schmitt¹²⁶, a verdade é que pode ser extrema¹²⁷, mas, de todas formas, é difícil negar que as circunstâncias pessoais teriam tido certo efeito concorrente, não só em Schmitt, como também em qualquer misoginia jurídica.

C. A VOLKSGEMEINSCHAFT

1. PAUL DE LAGARDE E A COMUNIDADE POPULAR

A ideia de *comunidade do povo* fundada na *raça* às vezes se expressava de forma panfletária, como, por exemplo, no seguinte parágrafo, escrito por Fritz Reinhardt, quem foi uma espécie de *mago das finanças* do nazismo: *Partidos e classes, discórdias e ódios devem ser superados. Os partidos dos marxistas e dos burgueses devem desaparecer e, com eles, seus líderes. Os trabalhadores, os burgueses e os camponeses organizados no partido encontraram seu caminho na comunidade do povo. Em lugar de partidos e classes está a comunidade do povo. O estado de partidos da irresponsabilidade e da negação da vida popular dos alemães foi dissolvido pelo estado de Adolf Hitler, da responsabilidade e da afirmação do povo e da vida*¹²⁸.

123. *Idem*, *Die Deutschen Männer und ihre Feinde. Carl Schmitt – ein deutsches Schicksal zwischen Männerbund und Matriarchatsmythos*, Munique-Viena, 1997, p. 359.

124. Nicolaus Sombart, *Carl Schmitt – Ein deutsches Schicksal*, em Klaus Hansen/Hans Lietzmann (Eds.), *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, Opladen, 1988, pp. 19 e ss.

125. Diz-se que Schmitt tinha temor pela sua vida e que atribuía a Goring não ter sido assinado nessa noite. A verdade é que imediatamente publicou *Der Führer schützt das Recht (O Führer protege o direito)*. Sobre isto: Joseph W. Bendersky, *op. cit.*, p. 255. O texto em espanhol em Yves-Charles Zarka, *Um detalhe nazista no pensamento de Carl Schmitt*, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 87.

126. Bernd Rùthers, *op. cit.*, p. 125 e ss.

127. Mais extremo é um reducionismo patologizante sexual do nazismo, não isento de preconceituoso tom homofóbico, publicado nesses mesmos anos por Hans Erich Kaminski, *O nazismo como problema sexual, Ensaio de psicopatologia*, Buenos Aires, Imán, 1940.

128. Fritz Reinhardt, *Vom Wesen der Volksgemeinschaft*, em Lammers u. Pfundtner, *Grundlagen, cit.*, t. I, Gruppe 2, Beitrag 8.

Entretanto, trata-se de uma ideia que não deve ser subestimada quanto a sua coerência básica, em particular, porque esta tem um aspecto muito perigoso: em suma, sobre a base de um delírio, encerra a pretensão de impor uma *muito extrema concepção sistêmica da sociedade*, como projeto político de radical configuração da sociedade como sistema.

Voltaremos a isto, mas, por enquanto, observamos que o sistema orgânico do positivismo racista spenceriano *via na sociedade um organismo*, a ponto de o nazista querer *converter a sociedade em um organismo*. Isto não deve passar despercebido, porque toda situação mais ou menos caótica e confusa abre o espaço para que o oportunismo retrógrado invoque a *ordem* e justifique a ditadura e o crime político, mas, no caso nazista, esta tendência geral foi levada até o extremo de postular como programa político a imposição de um modelo de *sociedade formigueiro*.

Sem deterioro de outras aproximações prévias à ideia de *comunidade do povo*, sua formulação, e inclusive o nome, provêm de Paul de Lagarde (1827-1891), um estudioso da teologia e perito em línguas orientais, professor em Göttingen, quem teve contato com o historiador Heinrich Leo, um conservador extremo e crítico do pensamento revolucionário, opositor aberto à emancipação dos judeus. Defensor da *pureza alemã* com argumentos idealistas, ele acolheu o hegelianismo, em geral, pelos seus aspectos mais reacionários, embora tenha acabado se afastando deste.

Embora Lagarde tenha publicado *Juden und Indogermanen* em 1887, em que aborda a lenda da *raça ária*, exercendo particular influência sobre Chamberlain e, em seguida, sobre Rosenberg, seus argumentos não eram tanto biólogos, e sim teológicos. Considerava que o cristianismo estava poluído de judaísmo por São Paulo e que devia liberar-se dessa influência e purificar-se. Isto o levava a criticar mais os luteranos que os católicos, pois aos primeiros considerava liberais.

Seu pensamento reacionário, fundamentalmente antidemocrático e antiliberal, era muito particular, porque, ao mesmo tempo, afirmava que, no império, havia *muito Estado*, muita *regulamentação em peso*. Parecia-lhe que a ideia monárquico aristocrática estava quebrada com a coroação de um imperador que não era tal, mas sim só o presidente de uma *república de príncipes*. Para Lagarde, Bismarck tinha uma compreensão completamente defeituosa das *forças éticas do povo*. A crise, que Bismarck adotou durante a execução da sua obra, quer dizer, o surgimento e a elevação da burguesia

nacional liberal, parecia que, em sua essência, não era alemã, *pois não levava em conta as verdadeiras forças do povo, a sua alma e o seu ânimo*¹²⁹.

Os elementos ideológicos que Lagarde trouxe ao nazismo não se esgotam na ideia de *comunidade popular* e de uma igreja alemã livre da influência judaica de São Paulo, pois também defendeu a necessidade do famoso *espaço vital* para o leste e, além disso, a construção de uma Europa Central — a famosa *Mitteleuropa* — sob hegemonia alemã¹³⁰.

A ideia de comunidade de Lagarde era de cunho religioso, o que não deixa de ser importante e de levar-se em conta como antecedente do elemento mítico do nazismo. *A raiz desta comunidade não é nenhum dogma, nenhum estatuto, nenhuma crença em nenhum fato histórico, mas sim a personalidade com a sua livre autodeterminação ética, que vive na ideia de Deus, por isso, todo último objetivo do desenvolvimento temporário da igreja cristã deve nascer do espírito pessoal, daquilo verdadeiramente imortal*. É baseado nisso que o maior ataque é à igreja luterana, e não ao catolicismo, posto que é nela onde o liberalismo e a ortodoxia coincidem com maior intensidade¹³¹.

Claro que há algo obscuro na ideia da *Volksgemeinschaft* nazista e que não só procede do antissemitismo e do racismo. Algo estremece quando se lê, por exemplo, que, quando se mesclam as raças, um povo *se apaga por desnacionalização, age contra a lei do desenvolvimento, contra a sagrada vontade do Criador que o fez tal*. Lagarde diz que *cada povo é uma própria ideia de Deus*, e adiciona: *Em outras palavras, isto significa que manter a pureza do sangue e do caráter populacionista é um dever moral, um mandato da ética*¹³². Justamente, o que estremece tremendamente nestas linhas é o componente *idolátrico*.

De fato: toda comunidade religiosa reúne quem compartilha uma cosmovisão que se mantém na base da fé, ou seja, são *partícipes* porque os une o mesmo acesso a algo absoluto por meio da experiência religiosa. Porém, a *comunidade do povo* nazista inventa um *deus próprio*, imposto biologicamente, a *fé comum* não chega à *comunidade* por compartilhar um acesso ao absoluto por meio da *fé* de cada participante, mas esta *fé* é imposta a cada partícipe (*Genossen*) pelo seu condicionamento étnico biológico e, em caso de não o

129. Kurt Klamroth, *Staat und Nation bei Paul de Lagarde. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ide-
enlehre im 19. Jahrhundert*, Leipzig, 1928. p. 91.

130. V. Massimo Ferrari Zumbini, *Die Wurzeln des Bösen. Gründerjahre des Antisemitismus: Von Bismarck zu
Hitler*, Frankfurt, 2003; Richard Breitling, *Paul de Lagarde und der grossdeutsche Gedanke*, Wien, 1927;
Fritz Krog, *Lagarde und der deutsche Staat. Eine Übersicht über Lagardes Denken*, Munique, 1930.

131. Cfr. Kurt Klamroth, *op. cit.*, p. 59.

132. Max Robert Gerstenhauer, *op. cit.*, p. 403.

perceber ou vivenciá-lo assim, o sujeito é considerado um *degenerado*. Nesta *comunidade*, não há experiência religiosa, que sempre é individual embora se comunique coletivamente, mas quem não tem essa suposta experiência é considerado um delinquente ou, pelo menos, um *degenerado*. Nesse fanatismo idolátrico, não há lugar nem respeito por agnósticos, ateus, crentes diferentes ou *mornos*, uma vez que rege um *deus tirano escrito em seu corpo, em sua biologia, e todos os outros são inimigos, parasitas ou degenerados*.

É óbvio que esse *deus* não existe, que só se trata de um ídolo. Não em vão este componente idolátrico trouxe sérias dificuldades políticas ao nazismo, posto que devia bater com as igrejas que, com a sua particular sensibilidade, não o podiam admitir, ao menos, em suas manifestações mais extremas.

2. O EXTREMISMO IDOLÁTRICO

Mesmo que a *natureza* do nazismo em relação com o cristianismo tenha sido discutida e investigada muitíssimo, a verdade é que, ao menos publicamente, os principais líderes do partido e o mesmo Hitler se apresentaram como cristãos, embora seja discutível com que grau de sinceridade o faziam. Foi dito que o *Führer* pretendia mostrar-se como o condutor de uma política *cristã*, mas não fazer uma *religião política*. Neste sentido, não queria bater de frente com as igrejas, inclinando-se pragmaticamente a imitar a política *völkisch* de Lueger, que tinha observado em seus anos em Viena¹³³. As diversas tentativas de formar uma igreja própria ou de que o NSDAP promovesse uma igreja unificadora, nunca pretenderam negar o cristianismo, embora, obviamente, tenham causado tensões com as igrejas existentes.

Em geral, os nazistas faziam sobressair a ideia de um cristianismo liberado de elementos judeus, seguindo com variáveis a tese associada a Lagarde e Chamberlain e que separava o Antigo Testamento. Neste *cristianismo livre do judaísmo*, deve-se lembrar que o próprio Hitler em *Mein Kampf* rendia comemoração a Dietrich Eckart (1858-1923), quem tinha escrito um diálogo — mais ou menos imaginário — com o sugestivo título *O bolchevismo de Moisés a Lenin* (*Der Bolschewismus von Moisés bis Lenin*)¹³⁴.

Não obstante — e embora não tivesse aceitação —, não faltaram, nas filas do nazismo, expressões de certo extremo misticismo idolátrico, que visaram a uma renovação religiosa racial germânica, reivindicando as antigas

133. Richard Steigmann-Gall, *Il santo Reich. Le concezioni naziste del cristianesimo*, Milano, Baroli, 2005, p. 98.

134. Cabe lembrar que um genocida argentino durante a ditadura 1976-1983 mencionou publicamente o comunismo antes de Cristo — o que foi ridicularizado naquele momento.

deidades nórdicas¹³⁵, a que não esteve alheio tampouco o já mencionado *delírio sistematizado* de Nicolai.

É curioso, mas a primeira tentativa neste sentido proveio de Erich Ludendorff, ou seja, do prestigioso militar que capitulou em 1918 e que, imediatamente, lançou a lenda da *punhalada pelas costas* — que, aparentemente, foi inaugurada por um pastor —, quem, influenciado pela sua mulher e aproveitando a prisão de Hitler depois do golpe, tentou converter a NSDAP em uma religião política anticristã. Denunciou, assim, uma conspiração mundial do cristianismo, da maçonaria, do internacionalismo e de Dalai Lama, por trás da qual estava o judaísmo. Hitler rechaçou isto, e Ludendorff foi expulso do partido; em seguida, fundou o seu próprio, que fracassou, e determinou seu afastamento junto com sua mulher, com quem criou uma estranha sociedade esotérica.

Sem se afastar da NSDAP, embora com a pretensão de converter-se em seu ideólogo máximo, Alfred Rosenberg, que dirigia o diário oficial (*Völkischer Beobachter*), escreveu não só seu *Mito do século XX*¹³⁶, mas também outros vários trabalhos, que não foram apreciados pelo partido nem impressos oficialmente, embora tenha ali continuado. A importância das suas ideias foi muito inferior àquela que atribuem alguns autores e, aparentemente, mantiveram-no dentro do partido para mostrá-lo às igrejas como uma ameaça a que o próprio Hitler punha limites.

O livro de Rosenberg não é mais que uma renovação confusa de Chamberlain, à que adiciona uma alta valoração dos deuses nórdicos, embora não pretenda renovar a religião pagã, mas sim mostrar um Cristo que não é humilde nem crucificado: ele é forte e vitorioso como defensor e herói. Nega a Trindade, o pecado original, a Imaculada Conceção, retoma o *Cristo ariano* de Chamberlain e, sem negar por completo a sua divindade, de alguma forma, aproxima-se da identificação wagneriana de Cristo com o Odín. Seu alvo de ataque mais forte é a Igreja Católica pois, ao contrário de Lagarde, exalta Lutero, apresentando-o como um herói germano cuja obra deve ser completada. Por conseguinte, Rosenberg se movia em uma dualidade muito especial e pouco clara.

135. É óbvio que o nazismo manipulou a mitologia germânica e até a militarizou, como o destacou Georges Dumézil (*Les Dieux des Germains*), abrindo discussões a seu respeito; cfr. Carlo Ginzburg, *Miti emblematici. Morfologia e storia*, Einaudi, 2000, p. 210 e ss.

136. *Der Mythos des 20. Jahrhunderts* (há uma curiosa, mas boa tradução em castelhano, *O mito do século 20. Uma valoração das lutas animico-espirituais das formas do nosso tempo*, Buenos Aires. 1976).

Em artigos posteriores ao seu *Mito*, adere à afirmação do *Führer*, que tinha considerado sagradas as visões religiosas do povo alemão, embora a seguir adicione: *Mas, além disso, deve-se precisar que o tributo à raça e o consequente reconhecimento do caráter e da alma alemães traz um ato revolucionário na história mundial, do qual com certeza derivar-se-ão consequências que mudarão substancialmente nossa consideração da história.*

Lembra que, quando Copérnico enunciou a sua teoria, as igrejas a rejeitaram, e assegura que, assim como não se pôde parar Copérnico, tampouco se poderá deter o nacional-socialismo e o reconhecimento da raça. *A tese da raça não é nenhum materialismo, e tampouco nenhum espiritualismo, mas sim só o honesto reconhecimento do efeito de profundas leis da natureza e de uma vital e feliz afirmação desta vontade na natureza. As diferentes confissões deverão e estarão de acordo com esta vivência central. Fazem parte do passado os tempos de luta no qual as igrejas negavam o enterro aos nacional-socialistas. As Igrejas devem reconhecer politicamente a NSDAP e também a concepção de mundo desta, assim como depois de quatrocentos anos deveram reconhecer essas descobertas. A NSDAP não é antirreligiosa, pois, pelo contrário, a sua luta e seu sacrifício só foram possíveis graças a um forte impulso religioso. Não é culpa da NSDAP este reconhecimento tardio que, como acontecer tardio, não está isento de aparecer vinculado a resistências a algumas brigas e rixas.*

Pretendia que o nacional-socialismo fosse uma superação nacionalista das igrejas: *No momento no qual se deva falar da Alemanha e se trate da nação inteira, as confissões e as concepções eclesiásticas do mundo deverão desaparecer: vestindo a camisa parda, não se é mais católico, protestante ou crente alemão, mas sim só um combatente alemão pela nação inteira.* Exaltava a honra como o valor supremo: *Deste valor máximo se desprendem os outros, e o chamado deste valor sempre será decisivo para o sustento do indivíduo e de toda a nação. Este é o valor ao qual os católicos, protestantes e crentes alemães poder-se-iam render. Sob seu domínio está acabada a luta de classes, e também sob este mesmo poderá ser superada a luta de classes religiosa*¹³⁷.

3. A FONTE DO DIREITO

Como resultado da cosmovisão nazi e da sua pretensão de impor uma sociedade radicalmente sistêmica, vimos que a fonte antiga do direito não era

137. Alfred Rosenberg, *Nationalsozialismus, Religion und Kultur*, em Hans Lammers e Hans Pfundtner (eds.), *op. cit.*, t. I, Gruppe 1, Beitrag 1; quase idêntico conteúdo em seu *Das Wesensgefüge des Nationalsozialismus. Grundlagen der deutschen Wiedergeburt*, Munique, 1934, p. 37 e ss.

o Estado dentro deste âmbito. Na verdade, o direito surgia da *comunidade do povo* e, como apontava Hitler, o Estado era considerado apenas um instrumento para outro objetivo, que era a realização da comunidade do povo mesma.

Quando Dahm distinguia com meticulosidade o direito penal nazista do fascista, assinalava esta diferença fundamental: para o fascismo, o Estado era expressão da *nação*, integrada por todas as gerações passadas, presentes e futuras¹³⁸, como uma entidade espiritual criada e, por conseguinte, que não respondia à soberania popular, que só era a geração atual. Esta nação — obra das gerações, criação delas — somente podia expressar-se através do Estado e, por conseguinte, o direito devia provir deste¹³⁹. É por isso que o fascismo mantinha a vigência do princípio de legalidade, não no sentido liberal (como garantia do espaço de liberdade do cidadão), mas sim como *expressão e garantia da vontade punitiva do Estado*. As propostas de suprimir o *nullum crimen sine lege* na Itália não prosperaram¹⁴⁰.

Não deixa de sobressair, nesta distinção, a velha subestimação do direito romano, ou seja, sua submissão à *lei do Estado*, como consequência de que o mito fascista não era principalmente racial¹⁴¹, mas sim dominava o *mito imperial romano*, que a Itália fascista pretendia hegemonizar¹⁴².

Esta diferença é exata e deve-se ter presente ao estudar o direito penal nazista para diferenciá-lo corretamente do fascista, embora isto não signifique — é claro — nenhum juízo de valor positivo a favor deste último.

Os três elementos do *mito romano fascista* foram a missão universal, a força de mando e o Estado. Roma era, para o regime fascista, o espelho da civilização antiga, base da civilização ocidental, que fazia começar a história. O fascismo era considerado como sua versão atual, síntese da história do século e resumo dos caracteres essenciais da civilização contemporânea, da renovação do ocidente depois do fracasso do liberalismo e do socialismo.

138. V. Alfredo Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma, La voce, 1927.

139. Georg Dahm, *Nationalsozialistisches und Faschistisches Strafrecht*, Berlim, Junker e Dünhaupt, 1935.

140. Assim, por exemplo, Maggiore propôs sem sucesso a seguinte fórmula: É delito todo fato previsto na lei penal como delito e reprimido com uma pena nela estabelecida. Também é delito todo fato que ofenda a autoridade do Estado e merece a pena, segundo o espírito da revolução fascista e a vontade do Duce, único intérprete da vontade do povo italiano. Este fato, quando não estiver previsto por uma norma penal precisa, é punível pela disposição análoga (Giuseppe Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato italiano* em *Riv. italiana dir. pen.*, 1939).

141. O racismo não era indiferente ao fascismo, mas como parte da construção da *nação* e não como configuração. Pouco se falou do *sangue* no fascismo antes da guerra, exceto alguma personagem secundária como Julius Evola (*Il mito del sangue e Sintesi delle doctrine della razza*, ambos reeditados em Padova, 1978).

142. Cfr. Leon Poliakov, *op. cit.*, p. 63 e ss.

Neste sentido, o fascismo reformulava o mito romano, que, no século XIX, tinha sido mito poético e político burguês¹⁴³.

A partir disso, explica-se que, no fundo do texto de Dahm, perceba-se a pretensão de superioridade alemã sobre a italiana: destacava que a *nação* era uma *criação*, mesmo que fosse muito histórica, enquanto a comunidade popular era algo *natural*, não uma criação humana. Lembremos o desprezo antes mencionado dos nazistas e seus predecessores românticos pela *mescla racial* do império.

No caso do direito nazista, a questão era por completo diferente: o povo não se integrava com todos os habitantes, mas unicamente com os de raça ária, sem importar se habitavam ou não o território. A comunidade do povo (*Volksgemeinschaft*) era formada por todos os alemães, inclusive os das minorias alemãs fora do território, mas não a integravam os não arianos, embora vivessem no território. O Estado e o direito escrito eram um instrumento de realização desta comunidade, que não era uma criação humana, mas sim provinha de Deus, porque estava condicionada pela raça, de forma *natural*, *biológica*, o que dotava cada indivíduo de um *sentimento de justiça inato*, proveniente do sistema biológico racialmente condicionado e que não podia ser transferido para outros.

Segundo Dahm, Schmitt e os outros autores nazistas minimamente coerentes, cada indivíduo devia ocupar uma posição na comunidade popular (professor, médico, militar, operário manual, etc.) e dessa posição derivar-se-iam os *deveres*, ou seja, os papéis exigidos pela comunidade. Os *ilícitos* eram precisamente as violações a esses deveres inerentes à respectiva função dentro da comunidade popular. É claro que esta era um *sistema social*, uma unidade *sistêmica*, com distribuição de papéis e consequentes deveres.

Estes deveres eram certamente éticos, mas se elevavam a jurídicos, porque a fonte do direito era a comunidade popular e não o Estado, e a diferença entre ética e direito tinha desaparecido.

O juiz tinha por missão verificar em cada caso se um desses deveres havia sido violado e, em verdade, o direito escrito (o Estado) não fazia mais que *orientá-lo* nesta tarefa. Porém, se advertisse que o direito escrito o levava a uma solução que não correspondia àquilo indicado pelos deveres ético

143. Sobre isto, Pier Giorgio Zunino, *L'ideologia del fascismo. Miti, credenze e valori nella stabilizzazione del regime*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 72-73. Também Emilio Gentile, *Il mito dello Stato nuovo*, Bari, Laterza, 2002.

jurídicos que marcavam as pautas emanadas da comunidade popular, devia deixar de lado o direito escrito e reger-se pelo que exigia a comunidade popular. Por isso, não era plausível, nesta cosmovisão, o princípio de legalidade, derogado com a introdução da analogia no § 2o do código penal do *Reich*. Veremos, em detalhe, mais adiante as consequências que coerentemente extraem desta cosmovisão tanto Dahm como Schaffstein¹⁴⁴, mas, por enquanto, apenas destacamos a premissa básica da qual parte não só o direito penal nazista, como também todo o direito alemão desses anos.

D. A ETERNA TENTAÇÃO ROMÂNTICA

1. ROMANTISMO A DUAS PONTAS

Os perigos do irracionalismo no direito penal —base do romantismo — eram alertados faz décadas por Giuseppe Bettiol¹⁴⁵, mas o risco não diminuiu até hoje, tendo dois sentidos completamente diversos.

a) Por um lado, expande-se uma idolatria do poder punitivo, que pretende sua onipotência diante de qualquer conflito, individual ou coletivo, como panaceia perante a incapacidade de resolvê-lo de forma medianamente racional, dando origem ao crescimento de um *terrorismo mediático* que alimenta o *pânico moral*, enquanto se autonomizam forças policiais e serviços secretos.

É difícil para a ciência jurídico-penal encarar uma tarefa de contenção racional do poder punitivo diante do transbordamento de uma publicidade que reproduz conceitos vazios e busca soluções mágicas atribuídas a um ídolo que, em suma, molda um controle social que sustenta uma ordem mundial em que dois terços da humanidade passam necessidades.

b) Por outro lado, embora isoladamente, aliás, defende-se um direito penal *popular*, com participação cidadã e com múltiplas consultas e até múltiplos plebiscitos sobre questões penais e de segurança pública, sabendo que, nesta matéria, sempre os mais vitimizados são os mais vulneráveis que, como é natural, exibem sua indignação nas respostas.

É curiosa esta ambivalência romântica, que força, com a sua agenda mediática, os legisladores com medo dos meios de comunicação em peso, em especial os monopolizados em quase toda nossa região, mas que, em alguns, produz uma reação que não leva em conta esta circunstância, e, com

144. Infra, VI, VII e VIII.

145. Giuseppe Bettiol, *Verso un nuovo romanticismo giuridico* (texto de uma conferência de 1979), em *Scritti Giuridici*, Padova, 1980, p. 243 e ss.

absoluta irresponsabilidade, defendem uma intervenção pública em decisões jurídicas. Em ambos os casos, há um desprezo total do saber jurídico-penal e da elaboração doutrinária que procure dar coerência e certa previsibilidade (segurança jurídica) nas respostas punitivas.

2. RISCOS ATUAIS DA INDIFERENÇA TECNOCRÁTICA

Diante deste panorama pouco confortável para a ciência jurídico-penal, ressurge a *indiferença tecnocrática*. Ela busca um discurso *asséptico*, *não ideológico*, *não partidário*, *neutro*, capaz de servir a qualquer sistema político, a qualquer ordem e sociedade, qualquer que seja a cosmovisão que o sustente, contanto que propicie certa confiança pública ao sistema de poder de que trata, quer dizer, que *normalize* todo conflito social.

Esta ideologia de *indiferença tecnocrática* tem a vantagem de obter difusão nos operadores do sistema de justiça, já que lhes assegura a posição de *técnicos* frente à ameaça de instabilidade provocada por mudanças e alternativas do poder.

Pareceria que se trata apenas de descrever em máximo detalhe todas as peças da locomotiva, mas sem saber para que serve a máquina em si.

Tudo isso, sem contar que, no mundo, não há nenhuma pessoa *asséptica*, *não ideológica*, *não partidária* e *neutra*, pelo menos em estado de relativa saúde mental, posto que todo ser humano participa da sociedade, aceita ou rechaça valores, tem certa cosmovisão e não outra, etc. Ou seja: *todo ser humano é humano e não pode deixar de sê-lo embora queira*.

O estudo da ciência jurídico-penal nazista e do seu marco ideológico nos mostra os riscos de tentar o afastamento da tempestade do romantismo jurídico vociferante, não para reforçar a racionalidade, mas sim para refugiar-se debaixo das árvores da *técnica pura* que, como se sabe, é desaconselhável, porque atrai os raios.

Capítulo III

O MARCO INSTITUCIONAL NAZI

A. O ESTADO E A CONSTITUIÇÃO

1. A CARACTERIZAÇÃO POLÍTICA

Os discursos da Academia de Direito Alemão (Akademie für Deutsches Recht) são puro conteúdo político e pouco dizem sobre a real natureza do estado na concepção nazista. Uma extensa conferência do seu presidente — Hans Frank¹⁴⁶ —, em 1938, é um verdadeiro amontoamento de slogans, alguns desatinados, como o de que a revolução nacional-socialista, tanto pelo seu ponto de partida como pelo seu conteúdo e seus fins, representa a maior revolução da história universal. Reitera que o Führer baseou a sua luta pela liberdade do povo alemão no imortal sentimento jurídico do nosso povo. Afirma que o povo é, por si mesmo, uma ordem primária dada por Deus¹⁴⁷.

Um pouco mais explícito a respeito da natureza do Estado tinha sido Göring, em uma conferência pronunciada na Academia em 1935: nosso Estado não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para o fim. O Estado nacional-socialista aspira a agrupar todos os homens de igual classe na comunidade política, na comunidade do povo. O direito não é o primário, pois antes esteve o povo, que criou um Estado, e o Estado criou o direito para a comunidade do povo¹⁴⁸.

Afirmava Göring que a segurança jurídica é a base de toda comunidade do povo. Seu conceito de segurança jurídica era, certamente, muito particular, pois afirmava que esta existia quando todo integrante do povo pode ser

146. Hitler devia a Hans Frank o favor de ser seu advogado pessoal e de ter-se ocupado da questão da origem do seu pai, que era filho extramatrimonial, supostamente de um judeu. Manteve uma estreita amizade com o criminoso Freisler e foi governador da Polônia durante toda a guerra; foi condenado e executado por seus crimes em 1946. Na prisão tentou suicidar-se e, em seguida, converteu-se ao catolicismo, pouco antes da sua execução (cfr. a detalhada biografia de Dieter Schenk, Hans Frank. Hitlers Kronjurist und Generalgouverneur, Frankfurt, Fischer, 2006).

147. Hans Frank, *Fondamento giuridico dello Stato Nazionalsocialista*, trad. de L. L. Palermo, prefácio do Arrigo Salmi, Milano, 1939.

148. Hermann Göring *Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft*, Hamburgo, 1935 (conferência na Akademie für Deutsches Recht), p. 6. Há uma certa contradição quanto ao que esteve primeiro, entre esta afirmação e o delírio de Nicolai.

consciente de que a sua personalidade como membro desta grande comunidade é atendida e protegida, quando experimenta que diante de tudo sua honra será por completo tutelada, e que o que ganhou com o seu trabalho ou foi recebido dos seus pais também está garantido. Neste sentido, afirmava que todo indivíduo da comunidade jurídica tem direito de reivindicar a proteção das leis, mas esclarecia que só e na medida em que participe da comunidade popular como verdadeiro integrante do povo no mais amplo sentido desta honrosa palavra, quer dizer, que seja nazista¹⁴⁹. Neste sentido, afirmava que inclusive os delinquentes tinham direito a proteção, mas não assim os inimigos do povo.

Göring considerava que o Estado nazista era um Estado de direito e caracterizava o Führer como o portador, máximo e único senhor dos juízes da Nação alemã, mas seu conceito de direito é, fundamentalmente, aquele que parte do sentimento jurídico, pois sempre o alemão foi um ser humano que pensa e entende o direito. Por isso, o direito moral é o direito eterno, que está há milhares de anos ancorado no peito do homem. E adiciona a frase que nos estigmatiza por nossa carência racial de sensibilidade: cedo ou tarde se reproduz e nasce do sangue do povo e, por isso, tem e entende seu direito. Talvez não encontremos debaixo, no mar do sul, nenhum humano que entenda o direito nórdico germânico¹⁵⁰.

A famosa ideia sentimental do direito leva-o a observar contra a legislação: Devemos nos proteger também de que um excessivo aumento do direito provoque uma destruição do sentimento jurídico. O direito deve configurar-se de modo que sempre encontre aquiescência e eco no interior dos integrantes do povo, que não se pense como algo por completo incompreensível, trovejando sobre as nuvens em seu ascetismo jurídico, mas sim como algo que sempre deve estar em uma união vital de sangue e conteúdo com o povo e nascendo do povo.

Isso é somente uma expressão grosseiramente política da subestimação da legalidade como caráter meramente instrumental¹⁵¹. Foi sendo produzido o que Meyer-Hesemann chama de perda de legitimidade da legalidade, pregada por Schmitt¹⁵².

149. Ibidem, p. 09.

150. Ibidem, p. 13

151. Isto foi postulado por Ernst Rudolf Huber, *Verfassung*, Hamburgo, 1937, p. 28.

152. Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, reed. Berlin, 1968; sobre isto, Wolfgang Meyer-Hesemann, *Legalität und Revolution. Zur juristischen Verklärung des nationalsozialistischen Machtergreifung als "legale Revolution"*, em *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, editado por Peter Salje, Monastério, 1985, p. 110 e ss.

Embora se mantivesse um Parlamento (Reichstag), sua função se minimizava, pois, desde a lei de plenos poderes, a legislação emergia diretamente do Führer. A formalidade de decisão no Reichstag era explicada como uma especial forma solene de estabelecimento do direito e documenta perante o mundo que a vontade do Führer é a vontade do povo alemão, mas a legislação não requeria formalidade: bastava a vontade do Führer, expressa, por exemplo, em um discurso breve: o Führer disse, em uma mensagem ao povo, que nenhum não ariano podia usar a bandeira alemã, ou que nenhum não ariano podia empregar moças árias, e isso era lei: para nós é direito o que o povo sente como tal. E aos olhos do nosso povo são lei as palavras do nosso Führer, porque é nele onde o povo mesmo se reencontra¹⁵³.

2. A DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL

A chamada Constituição de Weimar de 1919 — dizia Frank na citada conferência — deixou de ser fonte interpretativa das atuais questões jurídicas. De fato, não é já operante, *embora não tenha sido formalmente abolida. As grandes leis constitucionais do Terceiro Reich (leis para eliminar as dificuldades do povo ou do Reich, lei sobre a reforma administrativa dos Länder, lei para garantir a unidade do partido e do Estado, lei para a reconstrução, lei sobre o chefe do Estado do Reich alemão, etc.) representam o conteúdo constitucional do Terceiro Reich, em correlação com todas as disposições constitucionais de épocas anteriores que não tenham sido derogadas ou que, de fato, tenham se tornado ineficazes.*

Frank considerava que a Constituição se compunha: 1) das leis formais do Terceiro Reich relativas à estrutura do Reich ou do partido, com o acréscimo do que tenha ficado das leis anteriores; 2) da praxe jurídico estatal do Reich ou do partido; 3) das ordens do Führer (por exemplo, a organização do Comissariado do Reich para a Áustria)¹⁵⁴.

Ernst Rudolf Huber, discípulo de Schmitt, historiador de direito constitucional alemão e o mais prestigioso constitucionalista nos tempos do nazismo¹⁵⁵, sustentava que os direitos individuais da Constituição de Weimar não estavam suspensos — como tinha decidido o tribunal do Reich —, pois, na verdade, os direitos de liberdade da Constituição de Weimar não perderam vigência

153. Karl August Eckhardt, *Deutsche Rechtswissenschaft*, voz Richteramt, 1936, t. I, reproduzido em *Rechtfertigung des Unrechts*, op. cit., p. 517 e ss., 523-524. Este autor foi professor universitário e fez parte das SS, e da Escola de Kiel (sobre ela, infra, VI).

154. Hans Frank, op. cit., p.47, nota 31.

155. Sua obra monumental é *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, em 8 grossos volumes (W. Kohlhauer, Estugarda 1957-1991). Foi também parte da tentativa da Escola de Kiel, v. infra, VI.

transitoriamente, mas sim foram suprimidos como parte da Constituição, pela sua incompatibilidade com os princípios da cosmovisão do populismo¹⁵⁶.

Huber escrevia depois: A constituição liberal fazia deles a sua essência. Tratava-se de um sistema de segurança contra o poder do Estado. A Constituição do populismo não tem esta função de garantia; pelo contrário, ela deve realçar a eficácia e a vigência do poder político. Não protege os indivíduos e grupos perante a totalidade, mas sim serve à unidade e à totalidade do povo contra qualquer fragmentação individualista ou do grupo. O sistema de direitos fundamentais de Weimar só trouxe consigo a dissolução do Estado e o desenvolvimento de um sistema plural de instituições autônomas. A Constituição do populismo vence a dissolução e o pluralismo das instituições jurídicas e cria sobre o solo novo a ordem vital do Reich populista¹⁵⁷.

Costumava-se raciocinar da seguinte forma: Com a queda da república negra, vermelha e amarelada, a constituição de Weimar perdeu toda vigência. Fiel a sua promessa de alcançar o estado legal, o Führer conservou continuidade assumindo o poder formal mediante uma decisão do último parlamento eleito conforme às regras da constituição de Weimar. Isto se desconhece porque ainda hoje há juristas que, impávidos, fazem derivar o poder legislativo do Führer da lei de plenos poderes (*Ermächtigungsgesetz*)¹⁵⁸ de 24 de março de 1933, remetendo à Constituição de Weimar. Por acaso pensam estes senhores que ao Führer preocupa que uma lei do seu parlamento que derroga a constituição de Weimar tenha ou não contado com a maioria requerida? Não, a constituição de Weimar está morta, e sua conservação formal seria uma profanação do cadáver¹⁵⁹.

A questão constitucional alemã durante esses anos continua em discussão até a atualidade. Em seu tempo, tanto Frank como Nicolai sustentaram que Hitler tinha chegado ao poder respeitando as regras democráticas da Constituição de Weimar¹⁶⁰. A discussão está vinculada à teoria de fato, que os latino-americanos conhecemos e por que sofremos bastante.

Anos após o nazismo, sustentou-se que se tratava de uma mudança de

156. Ernst Rudolf Huber, *Verfassungsrecht der Grossdeutschen Reiches*, 1939, reproduzido em Herlinde Pauer-Studer e Julian Fink (eds.), op. cit., p. 241.

157. Ibidem, p. 243.

158. “Lei de plenos poderes” é a tradução corrente e correta, mas à letra seria “lei do empoderamento”.

159. Karl August Eckhardt, op. cit., p. 520.

160. Hans Frank, *Die staatsrechtliche Bedeutung des 30. Januar 1933*, em DR, 4, 1934, p. 25 e ss.; Helmut Nicolai, *Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz vom 30. Januar 1934*, em *Das Recht der nationalen Revolution*, t. 9, Berlin, 1934, p. 06.

governo que, do ponto de vista da legalidade formal, representava uma volta ao governo da maioria parlamentar, pois Hitler tinha sido convocado por Hindenburg¹⁶¹. Parte desta discussão dependia da natureza que fosse atribuída à revolução de 1918, pois se fosse desconhecida a sua legitimidade¹⁶², a de Hitler podia ser uma revolução contra a revolução, o que deu espaço para uma série de discussões que não têm muita solução¹⁶³.

3. O ESTADO TOTAL E O ESTADO DO FÜHRER

Entre os teóricos do Estado, falou-se do Estado total e também do Estado do Führer. A primeira expressão corresponde a Fortshoff, quem a assume afirmando que designa uma forma de comunidade antiga, embora o liberalismo, que não remete a antes do século XIX, emprega-a para designar aquilo totalmente antiliberal.

Para este autor, o Estado de direito puro, criado pelo direito e por sua ordem burocrática, é o protótipo de uma comunidade sem honra nem dignidade. Por isso, afirmava que a revolução nacional-socialista o superou, dissolvendo o direito constitucional formal com distinções verdadeiras e reais, como, em particular, a de amigo e inimigo, integrado e estranho ao povo, alemão e não alemão.

A constituição de Weimar — para Fortshoff — construiu um Estado sem substância; essa substância da qual o Estado recebe a sua força pode ser dada por uma monarquia, que a recebe da graça divina, ou, se não o povo, a partir do Führer e do seu mito.

O Estado é para Forsthoff total, porque não admite a distinção entre o Estado e a sociedade, acreditando que esta divide o Estado e o torna impotente; os golpes de Estado contra Weimar o mostraram incapaz de conter as facções da sociedade: só um Estado total podia fazer isto.

É evidente que Forsthoff considerava os judeus os inimigos a quem neutralizar e a *Führergewalt*¹⁶⁴ não devia limitar-se com controles, porque era

161. Ernst Nolte, *Der Faschismus in seiner Epoche*, Munique, Piper, 1963; em contra, Dietrich Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Düsseldorf, 1978.

162. Ainda em 1975, no livro de homenagem a Friedrich Schaffstein, o constitucionalista Huber contribuiu com um trabalho sobre o tema: Ernst Rudolf Huber, *Rechtsfragen der Novemberrevolution. Die Anerkennung der revolutionären Staatsgewalt und Staatsordnung in der deutschen Rechtsprechung nach 1918*, em “Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975”, Göttingen, Schwanz, 1975, p. 53 e ss.

163. Houve inclusive advogados criminalistas que escreveram sobre o tema: Alexander Graf zu Dohna, *Die Revolution als Rechtsbruch und Rechtsschöpfung*, Heidelberg, 1923; Ernst von Beling, *Revolution und Recht*, Augsburg, 1923; sobre tudo isto: Wolfgang Meyer-Heseman, op. cit.

164. Pode ser traduzido como poder do Führer, mas também como violência.

concebida como um poder sem limitações: O poder de condução (die Führer-gewalt) é extenso e total: reúne em si todos os meios de configuração política; estende-se sobre todos os âmbitos da vida popular; abrange todos os integrantes do povo que estão obrigados a fidelidade e obediência ao Führer¹⁶⁵.

O outro famoso teórico do direito público nazista, Koellreutter, dirigia o conceito de Führerstaat como equivalente ao Estado de direito, só que, no caso dos ingleses, conduz-se (führen) mediante um parlamento. Em razão da necessidade de unidade na condução, afirmava que o Estado popular do Führer e o Estado de direito nacional-socialista configuram uma unidade¹⁶⁶.

Schmitt era muito mais precavido ao manipular a expressão Estado de direito: afirmava que tudo depende do conteúdo que se dê a esta palavra equívoca e em que medida se queira opor um Estado de direito a um Estado justo. O liberalismo do século XIX quis dar ao conceito um significado que fazia dele uma arma na luta contra o estado. Por conseguinte, quem usar hoje a expressão Estado de direito deverá precisar o que entende por isso, em que aspectos se distingue seu Estado de direito do liberal e em que medida o Estado nacional-socialista ou qualquer dos muitos outros Estados de direito devem sê-lo. Do contrário, existe o perigo de possibilitar um abuso por parte dos inimigos do Estado nacional-socialista¹⁶⁷.

Na verdade, Schmitt abusava da ideia formal de Estado de direito de Kelsen, que o identificava com a ordem jurídica, para explorá-la até fazer aparecer o Estado nacional-socialista como o modelo do Estado de direito, mediante uma distorção do próprio Montesquieu, cuja famosa frase (o juiz é la bouche, qui prononce les paroles de la loi) cita para afirmar que o vínculo não pode estabelecer-se com a letra da lei, mas sim deve estar na comunhão do gênero e natureza entre o chefe e a comunidade popular, cujo intérprete máximo era o Führer¹⁶⁸.

Schmitt afirmava que ao Estado de direito liberal não interessa a justiça, mas sim a legalidade formal, enquanto que ao Estado nazista interessa a justiça, que exige o castigo dos criminosos. Desse modo, legitimava o processo a Van

165. Ernst Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Sobre Forsthoff: as obras reunidas em: Willi Blümel (ed.), *Ernst Forsthoff, Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags von Prof. Dr. h.c. Ernst. Forsthoff*, Berlin, Duncker&Humblot, 2003.

166. Otto Koellreutter, *Der Aufbau des deutschen Führerstaates*, em Hans Lammers e Hans Pfundtner (eds.), op. cit., t. I, Gruppe 2, Beitrag 18.

167. Carl Schmitt, *Neue Leitsätze für die Rechtspraxis*, “Juristische Wochenschrift”, 1933, p. 2793 e ss.

168. Idem, *Staat, Bewegung, Volk, Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Berlin, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935.

der Lubbe pelo incêndio do Reichstag em 1933, afirmando que no Estado justo deve-se substituir o *nulla poena sine lege* por *nullum crimen sine poena*¹⁶⁹.

Na verdade, não parece haver muita clareza nem grande coincidência entre os publicitários alemães da época, nem sequer quando tentavam explicar a relação do Estado com o povo. Se tomarmos as palavras de um advogado criminalista como Georg Dahm¹⁷⁰, verificamos a nebulosidade da sua tentativa de conceptualização: volta a diferenciá-lo da ideia de nação do fascismo, para o qual o povo se expressa no Estado, o que seria uma concepção romana e renascentista do Estado, o qual concebia como uma obra de arte vivente. Para o conceito alemão de povo — escreve —, diante de tudo o povo não é a soma dos indivíduos humanos. Tampouco provém deles. Não provém como o partido ou uma associação de uma série de decisões de vontade, de opções individuais que o realizam, mas sim é uma união originária, naturalmente vital, que compõem em união os indivíduos atuais com as passadas e futuras gerações. Tampouco o indivíduo é quem ele quer ser, mas sim é quem ele nasceu para ser, pertence a um conjunto de vida destinado e naturalmente dado ao que não pode subtrair-se.

Estas últimas linhas de Dahm, mais que obscuras, do ponto de vista antropológico, são realmente tenebrosas: o ser humano não é o que é nem o que vai sendo, mas sim o que a raça o faz ser, fica reduzido a uma mera manifestação da raça ou não é nada.

Mais adiante, acrescenta o seguinte parágrafo, que joga mais obscuridade à relação do povo com o Estado: Mas também frente ao Estado e ao direito tem o povo sua independência e sua própria essência. Não pode prescindir do Estado nem dos governos, que são necessários para a completude do povo. Mas o povo está antes do Estado e existe com independência do Estado. Assim existia um povo alemão e um italiano nos tempos em que a Alemanha e a Itália estavam privadas de unidade, e inclusive hoje as fronteiras do Estado e do povo não coincidem facilmente. Acima de tudo, fundamentam a substancial unidade de um povo uma série de características, embora nenhuma por si, mas em seu conjunto vinculado. Estes traços essenciais são de diferente natureza. Em parte, provém da natureza e são originários; em parte, são gerados no curso do seu posterior desenvolvimento. Isso se denota

169. Idem, *Nationalsozialismus und Rechtsstaats*, em *Juristische Wochenschrift*, nº12/13, 1934, pp. 715-716.

170. Dahm é mais obscuro neste texto, procedente do seu *Deutsches Recht* (Hamburgo, 1944), que não era uma obra de direito penal, mas sim um livro de “introdução ao direito” muito comum no seu tempo, que quando desenvolve o tema em *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, op. cit.

com a expressão sangue e solo. A unidade do povo se refere, acima de tudo, à raça e ao espaço¹⁷¹.

Alguns advogados criminalistas nazistas aumentaram a confusão, como Siegert — geralmente pouco coerente —, para quem o Estado não é um fim em si mesmo e não leva nenhuma vida própria, mas sim está submetido à dinâmica do acontecer político. Para nosso Estado nacional-socialista, escolhemos, quando devemos classificá-los, a designação de “Estado popular do Führer” (*völkisches Führerstaat*). Evitamos melhor a prévia, amplamente usada e mal compreendida expressão “Estado total” posto que não assinala o conteúdo do Estado e ao mesmo tempo deixa aberta a valoração do Estado como fim em si mesmo¹⁷².

Henkel, por sua vez, parecia incorrer em um romantismo que, por pouco, aproximava-se do desgraçado projeto Krylenko, pois considerava que, como o Estado liberal estava superado e, no novo Estado totalitário, o governo domina o parlamento e a magistratura, em breve, faria desaparecer todas as razões pelas quais se exige um código penal com ações e penalidades taxativamente previstas. O novo tipo de cidadão que foi se formando nestes últimos anos já não necessita do princípio da legalidade para a sua segurança jurídica. A analogia, o costume, a consciência popular, serão as fontes do novo direito penal alemão. Para Henkel, a segurança jurídica era a certeza de que o direito se aplicaria conforme a comunidade do povo¹⁷³.

4. O FÜHRERPRINZIP E O CULTO PESSOAL

Ainda superando as incertezas e nebulosidades, admitindo como hipótese — só *ad effectum probandi* — coerência na construção ideológica nazista em torno do Estado e da constituição, na realidade, parece que tudo se apoia em uma viga principal que está mal colocada ou que não é capaz de suportar o peso do resto da elaboração teórica: invoca-se o Führerprinzip ou princípio de condução, proveniente inclusive de *Mein Kampf*, que importa uma reclamação de condução, de governo.

Embora fique muito claro que, no caso do nazismo, esta reclamação tem a decidida intenção de demolir os princípios democráticos, fora desse contexto perverso, moderadamente expresso, poderia ser viável também em

171. Georg Dahm, *Deutsches Recht*, Hamburgo, 1944, p. 308.

172. Karl Siegert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen, JCB Mohr, 1934, p. 09.

173. Heinrich Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

um contexto democrático, pois condução deve exercer qualquer governo.

Porém, em todas as racionalizações sobre o Estado nazista, por muito que se teçam de forma coerente (e embora não guardem total compatibilidade entre elas), de repente há algo que falha, que faz ruído lógico na base e que está muito longe de ser uma inofensiva reclamação de condução política: trata-se de que, invariavelmente, todas essas racionalizações acabam na pessoa do Führer como supremo (ou único) executor, legislador, juiz e árbitro inquestionável de qualquer conflito.

Aqui o próprio Führerprinzip se desvirtua e se converte em aberto culto pessoal, cuja irracionalidade é tão manifesta que é impossível ocultá-la inclusive sob as mais engenhosas racionalizações.

Uma imaginação extraordinariamente fértil — ou estimulada quimicamente — poderia permitir-se a fantasia romântica de um povo completamente homogêneo em seus sentimentos, convicções e valores, perfeitamente ilustrado sobre todos os aspectos da realidade, altamente sensível a todas as suas tradições e mitos, que integre uma comunidade vinculada por uma enorme empatia horizontal. Entretanto, inclusive alucinando esta realidade, nada explica que o intérprete supremo dessa imaginária comunidade seja uma pessoa e somente essa pessoa.

Quando Hans Frank tratava de explicar isto, não fazia mais que enredar-se na confissão final de um culto irrestrito à personalidade: é ridículo que afirme que o conceito de Führer é pessoal e só germânico, quando antropológicamente se sabe que o humano não pode sobreviver isolado, que deve crescer em um grupo e que, obviamente, todo grupo humano requer condução.

A pretensão de exclusividade germanista na reclamação de condução¹⁷⁴ não pode ter outro propósito a não ser atribuir aos não germânicos uma suposta incapacidade de compreensão deste inocultável culto à pessoa, que acaba por confessar sem o menor pudor: a essência do ideal estatal do Terceiro Reich não repousa na outorga formal de plenos poderes, na legitimação conforme as regras constitucionais representativas, ou no poder do governo limitado pelas votações majoritárias, mas sim reside no governo do povo, exercido naturalmente por um homem, com a única limitação da própria consciência. Todo membro do povo é igual em faixa, não há mais que um que se eleva por sobre este plano, e este é o Führer. Todos aqueles que agem em nome do Führer o

174. Hans Frank, *fundamento giuridico*, op. cit., p. 45, nota 28.

fazem a serviço da comunidade. As nomeações, as variações de grau ou as destituições se produzem exclusivamente por obra do Führer¹⁷⁵.

A extrema irracionalidade do culto à personalidade não podia ocultar-se sob o pretexto de que os estranhos não entendíamos porque carecíamos do sentimento jurídico dos germânicos¹⁷⁶ quando se leem, por exemplo, as seguintes afirmações de servilismo ilimitado que, no final e convertido em grande genocida assassino, levaram seu autor à força: O Führer não se baseia nos artigos da constituição, mas sim nas obras gigantescas, expressão da fusão da vocação com a dedicação de si mesmo ao povo. O Führer realiza uma constituição não segundo normas legais a ele impostas, mas sim com obras de dimensão histórica a serviço do futuro do seu povo. Na ciência alemã do direito público entra deste modo o maior critério orgânico que a história do direito pode prover. O direito do Estado do Terceiro Reich é a formulação jurídica da vontade histórica do Führer, mas esta não é a realização de nenhuma condição jurídico estatal prévia a sua obra¹⁷⁷.

Lembremos que, quando Nider idealizava o formigueiro como modelo de sociedade, o fazia porque se tratava de uma república e cada formiga sabia o que devia fazer, sem necessidade de que ninguém o impusesse de fora do próprio indivíduo. Por isso, acreditava na superioridade do formigueiro sobre o favo das abelhas, ao qual subestimava como monarquia¹⁷⁸.

O formigueiro do nazismo era uma utopia baseada em um imaginário passado ideal, a que se devia voltar no futuro, mas que — como se viu no delírio de Nicolai¹⁷⁹ — requeria uma etapa de recuperação e purificação, de restabelecimento do sentido íntimo da formiga, quer dizer, que, para voltar ao Paraíso germânico, era mister passar pelo Purgatório nazista do Konzentrationslager. Deste modo — cabe insistir — a comunidade do povo nazista não era o organismo social natural que Spencer e os positivistas acreditavam que existisse, mas sim algo que ainda não existia, e que devia impor-se, porque a natureza o exigia. Os positivistas sonhavam com um organismo criado conforme uma suposta lei natural; os nazistas sonhavam com algo que

175. Ibidem, p. 47.

176. Lembremos a antes citada (supra, III, A. I) frase de Göring: talvez não encontremos debaixo, no mar do sul, nenhum humano que entenda o direito nórdico-germânico. É óbvio que não estava se referindo à América do Sul, mas sim aos italianos.

177. Hans Frank. *Fundamento jurídico*, op. cit., p. 51. Podem ser vistas manifestações semelhantes da época, todas indicando o Führer como fonte do direito, citadas por Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlim, 1989, p. 146.

178. Supra, I, B, 1.

179. Supra, II, A, 4.

devia impor-se, embora também por imposição de uma suposta lei natural. Os spencerianos pensavam o direito como instrumento de conservação da obra da lei natural; os nazistas, como remoção aos obstáculos à lei natural.

Outros pensaram também que, para chegar ao comunismo ideal em um caminho que também fosse imposto por leis (dialética), devia-se passar pela etapa supostamente preparatória da ditadura do Gulag. A falha básica destes romantismos estava em que nenhuma racionalização podia assegurar — e menos garantir — que o culto à personalidade do Führer do momento fosse conduzir através do Purgatório e não afundar no Inferno: todos acreditaram que, no final, veriam a mão de Beatriz estendida.

A racionalização destes autores era circular e contraditória: o sentimento jurídico estava debilitado, a tarefa do Führer era interpretá-lo e restabelecê-lo, mas, nesse mesmo sentimento debilitado, legitimava-se o próprio Führer. Esta era a viga principal que não resistia a nenhuma racionalização na hora de pretender explicar e legitimar o Estado e a Constituição nazista, que serviam de referência à doutrina penal desses anos.

B. A LIMITAÇÃO DO CÍRCULO DE PESSOAS

1. O PARTÍCIPE DO DIREITO: A CONFUSÃO TERMINOLÓGICA

Vimos que todos os descontroles do poder punitivo que acabaram em massacres foram historicamente paralelos a debilitações do poder jurídico de contenção, processo que foi legitimado sempre mediante uma arbitrária classificação dos humanos em próprios, estranhos, inimigos, traidores e perdedores, como forma de limitar discursivamente o status de pessoa unicamente aos considerados próprios (intra-grupo)¹⁸⁰, deixando o resto em condição de menos pessoas ou de não pessoas. A doutrina jurídica alemã do período 1933-1945 levou ao extremo o cuidado de racionalizar sua própria classificação, que não por sua particularidade escapava à regra geral historicamente reiterada.

É difícil a conceptualização dessas categorias, porque foram usadas diversas definições, não sempre claras, mas essa profusão nominal não deve confundir o intérprete do discurso desses anos e, menos ainda, fazê-lo perder de vista que se trata da mesma classificação arbitrária de qualquer limitação genocida da condição de pessoa.

Não em vão, superada a etapa desses anos, como reação frontal a estas

180. Infra, I, A, 5.

elucubrações classificatórias, o Tribunal Constitucional da República Federal insistiu na universalidade do status de pessoa: Dignidade humana não é só a dignidade individual de cada pessoa, mas sim a dignidade do ser humano como gênero. Possuem-na todos, sem consideração a suas características, a suas potências nem a seu status social. Inclusive pertence àqueles que em razão do seu estado corporal ou psíquico não podem agir conforme o sentido. Tampouco se perde por conduta “indigna”. Nenhum ser humano pode ser privado dela¹⁸¹.

A confusão terminológica do período que nos ocupa reconhece várias fontes, mas, sem dúvida, parte da definição de pertencente ao Estado (Staatsangehöriger) da lei de Nürnberg de 15 de novembro de 1935, a que definia como quem se encontra sob a proteção do Reich alemão e debita a ele especial dever. Isto é importante para o direito penal, porque, ao entender a essência do delito como violação de um dever (um tipo de traição), obviamente só podiam cometê-lo os Staatsangehörigen, pois os outros ficavam em posição de estranhos ou inimigos, quer dizer, de entidades para neutralizar, mas não de pessoas a quem penar.

Os direitos políticos não pertenciam a todos os Staatsangehörigen, mas somente aos cidadãos (Reichbürger). Os cidadãos eram os partícipes do povo (Volksgenossen ou camaradas), enquanto não ficava claro se os partícipes do direito (Rechtsgenossen) seriam tanto os partícipes do povo como a totalidade dos pertencentes ao Estado.

Atualmente, não interessa muito esclarecer esta desordenada confusão conceptual¹⁸², cuja menção só tem por objetivo demonstrar o empenho em excluir da condição de pessoa quem o poder queria neutralizar ou eliminar. Muito mais interessante é a sofisticação do discurso jurídico elaborado com esse objetivo.

2. A ELABORAÇÃO SOFISTICADA DE LARENZ

Karl Larenz foi um dos juristas convocados para Kiel¹⁸³, de originária formação hegeliana (discípulo, aparentemente, de Julius Binder), que, nesses anos, ocupou-se deste tema e que, aliás, o fez com empenho em vários

181. Cfr. Karl Heinz Gössel, *Widerrede zum Feindstrafrecht. Ober Menschen, Individuen und Rechtspersonen*, em Thomas Vormbaum (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlin, LIT, 2009, p. 55.

182. Sobre esta complicação, Bernhard Lösener, *Staatsangehörigkeit und Reichsbürgerrecht*, em Hans Lammer e Hans Pfundtner (eds.), op. cit., t. I, Gruppe 2, Beitrag 13.

183. Basicamente civilista especializado em direito de obrigações; cfr. Ralf Frasser, Karl Larenz (1903-1993), especialista em direito privado durante o nacional-socialismo e na Alemanha pós-guerra, em *Academia, Revista sobre Ensino de Direito*. V, 2017, pp. 55-75.

trabalhos¹⁸⁴, por isso, as suas racionalizações resultam bastante exemplares, em particular, aquelas tecidas em um dos seus trabalhos¹⁸⁵.

A exclusão das não pessoas é terminante: Partícipe do direito (Rechtsgenosse) é só quem é partícipe do povo (Volksgenosse); partícipe do povo é quem é de sangue alemão. Este princípio deveria estar no § 1º do código civil, em lugar da capacidade jurídica de “todo humano”, encabeçando nossa ordem jurídica. Só o partícipe do direito toma parte plenamente na vida jurídica da comunidade do povo. A determinada posição jurídica em que se encontra gera a ele deveres e também talvez direitos, conforme os quais tem seu encargo na comunidade e, com ele, a sua honra pessoal. Quem está fora da comunidade do povo está fora do direito, não é um partícipe do direito¹⁸⁶.

Esclarecia Larenz que uma pena pode reduzir sua participação, ou melhor, excluí-lo dela como traidor¹⁸⁷, quer dizer, privá-lo da condição de pessoa.

Afirmava que o direito subjetivo, no sentido do abstrato poder de vontade do indivíduo, tinha sido construído como conceito central e como fundamento do direito privado, mas que, pelo contrário, nós partimos da posição jurídica do partícipe do povo como posição no direito, quer dizer, na ordem vital da comunidade. Como se pode ver, nega a existência de direitos no sentido tradicional, chamando de tais os derivados da posição no sistema social.

As conclusões de Larenz são contundentes: a) capacidade jurídica não significa a capacidade de ser titular de direitos subjetivos, mas sim de tomar parte na vida jurídica da comunidade em determinadas posições especiais dentro desta. b) Não todo humano é juridicamente capaz como pessoa, mas sim o são unicamente os partícipes do povo em sua condição de partícipes do direito. O estranho é um hóspede que só goza de uma capacidade jurídica derivada e limitada. c) O ser partícipe do direito, inerente à condição de partícipe do povo, e a concreta capacidade jurídica que disso se deriva, são inseparáveis da sua honra. Quando diminui ou perde sua honra, também se perde a sua condição de partícipe do direito. d) O partícipe do povo não é — como partícipe do direito — portador de direitos subjetivos, mas sim

184. Os títulos das obras de Larenz nesses anos são significativos: *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie* (Renovação jurídica alemã e filosofia do direito) (1934); *Volkgeist und Recht* (Espírito popular e direito) (1934); *Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens* (Sobre objeto e método do pensamento legal popularista) (1935).

185. Karl Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe* (Pessoa jurídica e direito subjetivo. Sobre a mudança dos conceitos básicos de direito), em *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Questões fundamentais da nova ciência jurídica), Berlin, 1935, p. 225 e ss.

186. *Ibidem*, p. 241.

187. *Ibidem*, p. 243.

simplesmente se encontra em determinada posição jurídica, que faz com que esteja desse modo no direito. e) A posição jurídica pode ser expressão da concreta posição de membro do partícipe do povo na comunidade, ou de uma relação jurídica estabelecida com outros partícipes do povo (contrato, p. ex.), mas esta diferença não traz nenhuma abstrata contraposição, porque as relações jurídicas entre os partícipes do povo também pertencem ao direito objetivo da comunidade e são determinadas por esta, não unicamente pelos interesses dos indivíduos. f) As posições jurídicas que correspondem a uma localização especial (como camponês ou pai), impõem uma tarefa que é delegada pela comunidade; o dever e a permissão são aqui a mesma coisa, sem que o sujeito possa dispor da posição jurídica nem da permissão. g) Quanto mais forte for a base de uma relação jurídica, da posição jurídica pessoal e da adesão do partícipe do povo, mais vinculadora será a posição jurídica mais próxima (p. ex., a relação trabalhista)¹⁸⁸.

Como pode observar-se do anterior, Larenz fazia um enorme esforço para dissolver os direitos subjetivos no direito objetivo derivado da comunidade popular: para dizê-lo claramente, transformava os direitos em deveres. Lembre-se que, no caso da legítima defesa — geralmente entendida como uma permissão —, os hegelianos a assimilavam à pena, quer dizer, à reafirmação do direito mediante o cancelamento do delito, transformando-a em um dever. Larenz leva ao extremo esta transmutação e a generaliza: nem sequer os próprios tinham direitos, uma vez que tudo se traduzia em deveres derivados do pertencimento ao povo (comunidade popular), cujo máximo intérprete era sempre o Führer.

C. OS JUÍZES E O PODER PUNITIVO

1. OS TEÓRICOS DO ARBÍTRIO JUDICIAL

No plano da doutrina, ao nazismo resultava necessário desprender-se da ideia de independência judicial, do princípio de legalidade e do chamado juiz natural, porque, em suma, o Führer era o único juiz natural. Hans Frank atenuava esta ideia, precisando que o caráter de juiz supremo da Nação Alemã, que o Führer se atribuía, em rigor ele mesmo o limitava a casos determinados, importantes para a vida do povo¹⁸⁹, deixando espaço amplo à independência dos juízes; mas, com este argumento, ficava claro que essa independência era

188. Ibidem, pp. 259-260.

189. Hans Frank, *Fundamento jurídico*, op. cit., nota de p. 54.

exercida na medida em que o Führer não assumisse a função judicial.

Nessa linha, um dos teóricos de Kiel escrevia: o princípio de que ninguém pode ser separado de seu juiz ordinário é uma previsão liberal que não tem nenhum valor atual para nós. Como máximo senhor do tribunal (Gerichtsherr) — que como nenhum outro juiz tem a confiança do povo —, pode o Führer, quando os interesses vitais da nação estiverem em jogo, inclusive pronunciar a sentença. Ele sozinho assume a responsabilidade perante o povo alemão e perante a história.

É, por conseguinte, bastante incompreensível o conceito de independência judicial que se pretende: independência do juiz, em nossa concepção, não significa, de modo algum, liberdade de todo vínculo. Um juiz, que responda só ao Estado como ideia, mas não ao povo alemão como realidade concreta em que vive e à que, em toda sua ação, está indissolivelmente vinculado, deve ter, como imediata consequência, a separação da sua junção, posto que carece de um pressuposto decisivo¹⁹⁰.

O trecho anterior significa que o juiz devia coincidir com o partido, mas tampouco podia adiantar-se ao Führer sobre a base do programa do partido, porque só o Führer é quem define os tempos. Porém, se o juiz se deparasse com uma lei não derogada que batesse com o atual sentimento do povo, ele deveria decidir contra a lei antiquada, já que uma decisão que provoque indignação no povo não pode ser justa.

No entanto, inclusive esses autores decididamente apegados ao regime advertem o perigo deste poder judicial, por isso, tentam evitar a arbitrariedade, limitando-a aos casos em que a sua aplicação signifique um tapa na cara do sentimento do povo, em forma tal que sem necessidade de nenhum aticamento artificial, explodiria uma tempestade de indignação¹⁹¹.

É obvio que, imediatamente, apressava-se em explicar que a faculdade judicial de verificar se a lei é compatível com o sentimento do povo refere-se só às leis anteriores ao nacional-socialismo, já que, diante das decisões do Führer, é inadmissível.

Carl Schmitt, por sua vez, desde cedo, ocupou-se de circunstanciar a independência do juiz, negando rotundamente que este pudesse invocar qualquer direito natural. Embora não tenha utilizado essa expressão, deixava claro que

190. Karl August Eckhardt, op. cit., pp. 517-519.

191. Ibidem, pp. 522-523.

o juiz tem um vínculo com o direito e a lei, que é com aqueles de uma determinada essência de Estado. Se o vínculo fosse com uma lei supra-estatal, o juiz estaria sobre o Estado. Não seria juiz do Estado cujo direito deve dizer, mas sim juiz sobre o Estado. Este seria o maior extremo e intolerável grau de politização da justiça, dado que, assim que o juiz se libera do seu vínculo, contra as decisões políticas contidas no direito e as leis do respectivo Estado, outorga validade a outras concepções políticas.

Schmitt considerava isso inadmissível, e caracterizava-o como politização da justiça, porque quem se coloca contra a lei estatal, incorre no campo da política. No entanto, de imediato, no mesmo escrito, afirma com a maior tranquilidade que, na aplicação e manipulação das cláusulas gerais por parte do juiz, dos funcionários administrativos, judiciais e teóricos do direito, os princípios fundamentais do nacional-socialismo são imediata e exclusivamente determinantes¹⁹².

Expressando em palavras claras: para Schmitt a única coisa que não era política nem envolvia uma intolerável politização da justiça era seguir à risca os princípios do partido; por conseguinte, o juiz tinha independência para aplicá-los somente nos casos concretos.

2. A REALIDADE JUDICIAL NAZI

Enquanto os teóricos legitimavam a ação dos juízes, a realidade seguia seu penoso caminho nos tribunais, conforme as regras da corporação burocrática fortemente verticalizada à que pertenciam e que provinham do rígido modelo bismarckiano. Nunca lamentaram nem ficaram comovidos pelos colegas judeus e dissidentes que tinham sido expulsos; em verdade, aproveitaram as vagas deles.

Os juízes alemães pertenciam, pela sua origem, a uma burocracia formada no império e que Weimar não tinha interrompido. Um juiz se formava ao longo dos anos em uma carreira que exigia um sustento econômico considerável para a preparação do magistrado. Cada juiz era resultado de uma espécie de empresa familiar, em um projeto que demorava anos e que só era permitido sustentá-lo na camada média-alta da sociedade¹⁹³. Depois de alguns discursos de romantismo igualitário que pretendiam a eleição popular dos juízes, a república de Weimar

192. Carl Schmitt, *Neue leitsätze für die Rechtspraxis*, op. cit., p. 2793 e ss.

193. Cfr. Heinrich Hannover e Elisabeth Hannover-Drück, *Pollitische Justiz 1918-1933*, Frankfurt, Fischer Bücherei, 1966.

cometeu o erro crasso de deixar intacta a burocracia judicial do império.

Em 5 de novembro de 1925, os juízes supremos – o Reichsgericht – emitiram uma sentença por meio da qual se declaravam competentes e assumiam o exercício do controle constitucional das leis, com o insólito argumento de que a Constituição de Weimar não o proibia. Esta sentença é conhecida com o nome do Aufwertungsurteil (sentença de sobrevalorização) e costuma ser ingenuamente celebrada como a Marbury vs. Madison alemã¹⁹⁴. Na realidade, além do argumento antirrepublicano com que se assumia essa função, esteve bem longe de ser uma sentença progressista e liberal, pois a intenção do Reichsgericht ao atribuir-se essa função foi sabotar as reformas sociais da república¹⁹⁵.

A Revolução bolchevique e a fragilidade de Weimar ameaçavam a paz burocrática dos juízes e, somadas a seus preconceitos classistas, os dispôs contra a república. A benignidade da justiça penal, não só em relação ao processo contra Hitler e seus cúmplices, mas também em relação aos crimes do nazismo em ascensão, foi manifesta.

Entre os notórios casos de impunidade ou benignidade se encontram os chamados Fememordfälle, que eram execuções realizadas por organizações criminais contra supostos traidores da pátria, que cometeram numerosos crimes políticos, como o assassinato de Walter Rathenau em 1922. Geralmente, assinavam como a mão negra (schwarze Hand). O nome por que são conhecidos provém de Feme, expressão de origem medieval alemã: o Femegericht era um tribunal penal regional¹⁹⁶.

Georg Dahm justificou os crimes de Fememord¹⁹⁷ e Göring admitia o caminho do perdão na justiça penal, argumentando, como exemplo, que os atos injustos realizados em tempos normais não eram iguais aos que haviam ocorrido em tempos de revolução, como tinham sido os primeiros meses da revolução nacional-socialista. Revolução significa luta – dizia –, e a luta revolucionária conduz para alguns ilícitos. Nenhum povo do mundo pode mirar contra nós por, no percurso destes esforços, ter acontecido algo que em tempos normais não tivesse ocorrido. Em outros povos, as revoluções foram desenfreadas e sem regras. A revolução nacional-socialista foi realizada com

194. Cfr. Tania Groppi, em Tania Groppi; Alfonso Celotto e Marco Olivetti, *A justiça constitucional na Europa*, Querétaro, FUNDAP/Instituto de Administração Pública de Guanajuato, 2004, p. 18.

195. Cfr. Franz Neumann, op. cit., p. 41.

196. Sobre esses crimes e em geral sobre a atuação da justiça penal na República de Weimar, Hannover, Heinrich e Hannover-Drück, op. cit; Heinrich Senfft, Richter und andere Bürger, Delphi Politik, 1988, p. 139 e ss.

197. George Dahm, *Verbrechen und Tatbestand*, Berlin, 1935.

inaudita disciplina e legalidade¹⁹⁸.

Na Prússia, houve várias anistias para os delitos cometidos pelos nacional-socialistas, como a de 20 de dezembro de 1932, posteriormente ampliada a delitos contra a vida e realizados com explosivos, em 21 de março de 1933¹⁹⁹. As SA de Röhm não se conformavam com as anistias e este, em junho de 1933, enviou ao ministério da justiça um projeto de lei para criar uma própria jurisdição dentro da organização (Gesetz über die SA-Gerichtsbarkeit)²⁰⁰.

Quando em 1934 eliminaram Rohm e muitos outros nos sangrentos acontecimentos da chamada noite das facas longas (Nacht der langen Messer), o aparelho judicial ficou desconcertado e paralisado, não soube o que fazer, até que rapidamente Hitler o tirou do desconcerto, assumindo a responsabilidade pessoalmente, e, por lei, declarou-o um ato de legítima defesa do Estado. Apenas três dias depois dos fatos, foi expedida a lei sobre medidas de defesa necessária estatal (Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr), *que constava de um único artigo*: As medidas executadas em 30 de junho e em 1º de julho de 1934 para a repressão da agressão de traição à pátria estão em conformidade com o direito de defesa necessária do Estado²⁰¹.

Só uma minoria de juízes havia apoiado a república em tempos de Weimar, formando a Federação Republicana de Juízes. A maioria dos juízes estava representada pela Federação de Juízes, cujo presidente – Karl Linz, também presidente do Reichsgericht – apressou-se em manifestar a sua solidariedade com o regime nazista em nome de todos os juízes alemães, destacando que haviam mantido a pureza da justiça, resistindo às pretensões da Federação Republicana²⁰². Pouco depois o Reichsgericht inteiro agradeceu a Hitler pela sua garantia de inamovibilidade dos juízes. Como era óbvio, pouco a pouco aconteceu a depuração da justiça²⁰³.

Salvo o afastamento dos juízes judeus e de uns muito escassos identificados com partidos opositores, em total, uma minoria, a composição do

198. Hermann Göring, op. cit., p. 15.

199. Lothar Gruchmann, Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner, Munique, Oldenbourg, 1988, p. 325.

200. Ibidem, p. 412.

201. Ibidem, p. 450.

202. O relatório de Linz foi publicado em Deutsche Richterzeitung, 1933, p.155 e ss.; sobre isto, também Heinrich Senft op. cit., p. 158. Houve manifestações parecidas de subordinação por parte dos organismos de advogados e cartórios.

203. Sobre a limpeza (Säuberung) da justiça. Lothar Gruchmann, op. cit., p. 128; dos juízes judeus, p.168. Estes últimos representavam em torno de 10% do total.

Reichsgericht que provinha de Weimar não mudou com a assunção do nazismo nem tentou defender os seus colegas depurados; seu presidente argumentou que devia ser por unanimidade e, diante da oposição de poucos nazistas ativos, era preferível não formular manifestação alguma. Cabe observar que não havia muitos abertamente nazistas entre eles, embora o número de filiados fosse crescendo ao longo dos anos²⁰⁴. O Reichsgericht resolveu liberar-se dos seus próprios precedentes jurisprudenciais mediante uma resolução conforme a qual não se considerava ligado à sua jurisprudência anterior²⁰⁵.

Durante os anos do regime, Das Schwarze Korps – o semanário das SS (Schutzstaffel) – criticou com frequência os juízes, aumentando as suas críticas em tempos de guerra²⁰⁶, apesar das penas de morte (inclusive por meras opiniões contrárias ao regime) que não só repartiram os juízes civis, mas também os tribunais militares²⁰⁷.

Não obstante a manifesta submissão dos juízes ao regime, o próprio Hitler formulou uma recriminação pública em 26 de abril de 1942, atribuindo-lhes uma atitude não nacional-socialista (unnationsozialistisch), que provocou uma profunda depressão entre eles²⁰⁸. As palavras de Hitler perante o Bundestag foram as seguintes: espero que a justiça alemã entenda que a nação não existe por causa dela, mas sim ela existe por causa da nação, quer dizer, que não deve reduzir a escombros o mundo inteiro, a Alemanha incluída, só para garantir a existência de um direito formal, mas sim a Alemanha tem que viver mesmo que as interpretações formais da justiça estejam em contradição com ela. De agora em diante, intervirei nesses casos e destituirei aos juízes que manifestamente não reconheçam as necessidades do momento²⁰⁹.

Aparentemente, o Reichsgericht foi bastante relutante no uso da analogia conforme o § 2, apelo menos em comparação com os tribunais de menores instâncias²¹⁰, onde, em especial durante a guerra, houve uma ten-

204. Gerhard Pauli, op. cit., p. 13 e ss.

205. Ibidem, p. 21.

206. Cfr., Lothar Gruchmann, op. cit. p. 674; no mesmo sentido, Otto Kirchheimer, Criminal Law in National Socialist Germany, em The Rule of Law under Siege, Selected Essays of Franz Neumann and Otto Kirchheimer, University of California Press, 1996, p. 178.

207. Cfr. Heinrich Walle, Ein deutsches Schicksal. Zweiman zum Tode verurteilt. Die Tragedie des Oberleutnant zur See Oskar Kush, em Heribert Ostendorf e Uwe Danker (eds.), Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen, Baden-Baden, 2003, p. 60.

208. Cfr. Ralph Angermund, Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung. Frankfurt, Fischer, 1990, p. 248.

209. Helmut Ortner, El ejecutor Roland Freisler: un asesino al servicio de Hitler, Barcelona, Sombra, 2010, p. 120.

210. Cfr. Otto Kirchheimer, op. cit., p. 176, Heinrich Ruping, Zur Praxis der Strafjustiz im "Dritten Reich", em Ralf Dreier e Wolfgang Sellert (eds.), Recht und Justiz im "Dritten Reich", Frankfurt, 1989, p. 180 e ss.

dência jurisprudencial a aplicar a lei alemã aos estrangeiros, principalmente nos territórios ocupados²¹¹.

De qualquer forma, cabe considerar que a jurisprudência penal costuma trazer uma armadilha quando se valoriza a sua intensidade repressiva unicamente mediante as sentenças definitivas, porque, na prática, cobra uma importância enorme o aspecto processual e, fundamentalmente, a amplitude da prisão preventiva. Embora não analisemos aqui os desenvolvimentos da teoria processual, a este respeito não se pode omitir que a concepção da prisão preventiva mudou fundamentalmente com o nazismo, já que passou a ser considerada como uma medida de segurança de caráter punitivo: enquanto, conforme o direito vigente, a prisão preventiva só serve para evitar o perigo de fuga do acusado ou de que apague provas, no futuro (como prisão preventiva profilática) também terá como objetivo a proteção da comunidade perante os fatos que o acusado poderia cometer em liberdade ou perante o risco de quebrantamento da ordem pacífica do povo em qualquer forma²¹².

Investigações mais recentes põem em relevo certas sobrevivências da jurisprudência desses anos posteriores à guerra. Assim, Gerhard Pauli os identifica – entre outros pontos – em matéria de autoria e participação, aceitação da voluntariedade da desistência, delimitação entre atos preparatórios e de tentativa, interpretação do conceito de ação lasciva, prejuízo patrimonial na fraude (adotando a perspectiva da vítima) e subjetivação do falso testemunho (o famoso caso da testemunha que diz a verdade acreditando que mente). Igualmente, encontra sobrevivência de conceitos politicamente centrais do nacional-socialismo, principalmente de honra (Ehre) e fidelidade (True), como também de degeneração, especialmente na jurisprudência sobre homossexualidade²¹³.

Apesar do inquestionável apoio da burocracia judicial ao regime e às atrocidades do temível tribunal do povo (Volksgesicht) – que merecem ser tratadas principalmente –, após 1945, os juristas virtualmente não foram alcançados pela justiça. Em 1947, foi realizado um processo contra dezesseis juristas no Tribunal Militar Americano, no qual quatro acusados foram absolvidos. Dos doze restantes, quatro foram condenados à prisão perpétua e os outros a penas temporárias, mas, no início dos anos cinquenta, todos

211. Otto Kirchheimer, op. cit., p. 177.

212. August Schoentensack; Rudolf Christians e Hans Eichler, Grundzüge eines Deutschen Strafvollstreckungsrechts, Berlim, 1934, p. 122.

213. Gerhard Pauli, op. cit., p. 215 e ss.

estavam em liberdade.

*Os tribunais da República Federal só processaram Hans Joachim Rehse, juiz do tribunal do povo que com Freisler participou de 231 condenações a morte, entre elas alguma famosa, como a de um pároco. Rehse foi condenado em 1967 a cinco anos da prisão pelo tribunal de Berlim, mas a cassação anulou a sentença e, quando morreu, em 1969, estava sendo preparado um novo processo*²¹⁴.

*Em 1946, Radbruch publicou um artigo famoso em Süddeutsche Juristen-Zeitung*²¹⁵, no qual atribuía o comportamento dos juízes ao seu treinamento positivista jurídico, o que iniciou uma discussão que quase podemos dizer que perdura até o presente. Muitos anos depois continuava sendo considerado um juízo errôneo²¹⁶. Baratta defendeu que o positivismo estava acabado no tempo do nazismo e que, de alguma forma, poderia até ter sido uma contenção²¹⁷. Acreditamos que houve algo além de positivismo jurídico, quer dizer, complacência na maioria e entusiasmo por uma minoria que não parece ter sido desprezível.

3. A AUTONOMIZAÇÃO POLICIAL

Em todo crime maciço, as polícias se autonomizam e operam à margem dos juízes, dando origem a um sistema penal subterrâneo²¹⁸. A tendência à autonomização é comum e, nos Estados de direito, é contida. No caso dos anos em pesquisa, esta tendência foi liberada na prática e até foi teorizada pelos juristas ao serviço da Gestapo. Como consequência, as maiores atrocidades do regime foram cometidas diretamente pelas polícias, em especial as SS (*siglas de esquadrões de proteção*, Schutzstaffel) e a Gestapo (apócope de polícia secreta do Estado, Geheime Staatspolizei).

Na verdade, isto não era uma anomalia dentro do poder nazista, porque – como assinalamos anteriormente – , o poder punitivo formal, ou seja, a justiça penal, ocupava-se dos arianos traidores ou delinquentes comuns, mas não dos inimigos externos, que eram matéria do direito administrativo, quer dizer, diretamente das polícias. Assim, durante a guerra,

214. Heribert Ostendorf, “Der Nürnberger Juristenprozess” und seine Auswirkungen auf eine internationale Strafgerichtsbarkeit, em Heribert Ostendorf e Uwe Danker (eds.), op. cit. p. 125 e ss.

215. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (Injusto legal e direito suprallegal).

216. Mandred Walther, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im “Dritten Reich” wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, em Ralf Dreier e Wolfgang Sellert (eds.), op. cit., p. 323 e ss. Aparentemente, também é considerado crítico Thomas Vormbaum, op. cit., p. 206.

217. Alessandro Baratta, Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, Milan, Giuffrè, 1966, p. 15. Deve-se lembrar que durante o fascismo houve penalistas italianos refugiados no positivismo jurídico.

218. Sobre o sistema penal subterrâneo no nazismo, Christiano Falk Fragoso, autoritarismo e sistema penal, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015, p. 161 e ss.

os trabalhadores civis poloneses que incorriam em atos de indisciplina ou abandono do trabalho eram diretamente executados pelas autoridades policiais sem intervenção judicial alguma²¹⁹.

De qualquer forma, os limites entre o sistema penal judicial e o subterrâneo não estavam tão claros na prática, porque as chamadas *Korrekturen* eram execuções realizadas, por iniciativa própria, pela polícia ou as SS, embora, em alguns casos, por decisão pessoal de Hitler, quando considerassem que as penas impostas pelos juízes eram benignas. Estas execuções sem processo apareciam nos jornais como mortes em tentativas de fuga²²⁰.

Em 1939, os delitos cometidos pelos membros das SS e das formações policiais deixaram de estar submetidos aos tribunais judiciais e passaram a ser julgados por sua própria jurisdição. Por pressão de Himmler, durante a guerra, a competência pessoal desta jurisdição policial foi sendo ampliada a um maior número de pessoas e até a seus parentes. No que concerne ao material, não se limitou aos delitos militares e policiais, mas sim se estendeu também aos comuns²²¹.

As SS pretendiam ser uma elite de sangue que devia preservar os melhores expoentes arianos e vigiar seus matrimônios, como também considerar-se uma comunidade orgânica, tendo como valores máximos a honra e a lealdade²²².

Os assessores jurídicos da Gestapo, desde os primeiros anos do regime, teorizaram como uma virtude a autonomização policial, que, em seguida, foi sendo ampliada e gerou tensão com os juízes. Assim, em um artigo de Werner Best de 1936, afirmava-se que polícia política é a defeituosa designação para a instituição estatal, criada por motivos políticos ou acompanhada de consequências políticas, para defender o Estado e o povo com todos os meios de execução imediata e para gerar a informação e as possibilidades de vigilância requeridas para preparar esta defesa.

Segundo esta personagem, que conseguiu sair com vida do juízo que fizeram os dinamarqueses pelos crimes cometidos em seu território e que

219. Cfr. Lothar Gruchmann, op. cit., p. 689.

220. Sobre a atividade criminal das polícias SS e Gestapo no Dritte Reich sobre as execuções de pessoas condenadas a penas que os chefes consideravam insuficientes, Johannes Tüchel, *Rechtspflege und Mordaktionen durch die Geheime Staatspolizei*, em Ostendorf, Heribert e Danker, Uwe (eds.), p. 137 e ss.

221. Bianca Vieregge, *Die Gerichtsbarkeit einer "Elite". Nationalsozialistische Rechtsprechung am Beispiel der SS- und Polizei-Gerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 30.

222. *Ibidem*, p. 64.

morreu quase impunemente e já idoso em sua terra, sustentava que, ao longo da história, nunca houve, na Alemanha, uma verdadeira polícia política no sentido da anterior definição, porque o jogo de partidos e parcialidades o impedia. Por estas razões, o “Führerstaat” nacional-socialista desenvolveu pela primeira vez na Alemanha uma polícia política moderna, quer dizer, conforme as nossas necessidades, como uma instituição que vigia cuidadosamente o estado da saúde política do corpo popular alemão, individualiza e, com todos os meios adequados, reconhece e oportunamente elimina qualquer sintoma patológico e qualquer semente de destruição, seja de geração própria ou proveniente de envenenamento doloso externo.

Defendia abertamente e sem restrições a tese que a polícia devia ficar à margem de qualquer limitação normativa: Uma normatização legal do uso dos meios de uma polícia política é tão pouco possível como prever todas as classes de agressões dos inimigos do Estado e qualquer outro perigo que possa ameaçar o Estado no futuro e descrevê-lo. Evita-se o abuso destas funções – ilimitadas em si mesmas – mediante a adequada seleção do pessoal, não só quanto a sua capacidade material, mas também conforme valores de caráter e humanos, mediante forte disciplina e autocontrole dentro do corpo e, principalmente, pelo seguro da sua imediata dependência da condução do Estado. Todas as instituições estatais (com exceção das forças armadas e da polícia política) devem trabalhar necessariamente conforme formas jurídicas sólidas e igualitárias, já que não comovem nem se expandem por todas as estruturas estatais. Só a “Wehrmacht” em luta contra o inimigo externo e a polícia do Estado em luta contra o inimigo interno devem ficar livres dessas ligaduras para poder cumprir as suas tarefas. Por isso, é necessária uma clara organização diferencial em relação aos outros ramos da administração estatal²²³.

Um dos crimes mais odiosos cometido pelas SS de Himmler foi a criação de uma organização chamada *Lebensborn* (fonte de vida).

Este fato – que ficou durante muitos anos rodeado de mistério – dá ideia do grau de autonomização desta organização criminal, como também da magnitude da sua radical alienação racista. Oficialmente, *Lebensborn* era uma rede de centros de asilo para mães solteiras. Em algum momento, suspeitou-se também que haviam sido concebidos como centros destinados à criação de uma raça superior, de mulheres selecionadas que teriam filhos

223. Werner Best, *Die Geheime Staatspolizei?* em *Deutsche Recht*, Heft 1, 1936, p. 125, reproduzido em *Rechtfertigungen des Unrechts*, cit., pp. 507-510.

com os SS. As investigações realizadas muitos anos depois mostraram que estenderam a sua ação a todos os territórios ocupados e que a sua função era sequestrar crianças de olhos azuis para levá-las à Alemanha e torná-las germânicas. Suspeita-se que apenas na Polônia protagonizaram muitos milhares de sequestros, embora o número não possa ter sido estabelecido e seus agentes tenham gozado de impunidade depois da guerra²²⁴.

4. O TRIBUNAL DO POVO (VOLKSGERICHT)

A generalidade dos juízes que formavam parte da corporação burocrática, por regra, embora não tenham duvidado em manifestar a sua conformidade com algo em troca da garantia da sua estabilidade trabalhista, tampouco estavam todos dispostos a sujar muito as mãos e menos ainda a manchá-las cotidianamente com excesso de sangue.

Em geral, nas corporações judiciais, a maioria prefere refugiar-se na atividade rotineira e mostrar-se indiferente ou pouco inclinada à política, em previsão das alternativas da dinâmica natural do poder, mas deixando que as minorias internas se misturem, emprestando o serviço de garantir-lhes estabilidade com seus contatos oficialistas, como também de oferecer-se como vítimas propiciatórias em qualquer eventualidade futura.

Por outra parte, a dispersão dos processos políticos (alta traição, etc.) em uma magistratura numerosa corria o risco de encontrar alguns juízes com algum resto de prudência. Obviamente, para os objetivos do regime não bastava o simples consentimento nem as omissões ou as sentenças com um mínimo de prudência, embora houvesse poucas.

O resultado não satisfatório do processo contra os supostos incendiários do Reichstag²²⁵ e a conseguinte não concordância com as absolvições dispostas pelos juízes decidiram a concentração dos processos por delitos políticos em um tribunal especial, que foi o chamado Volksgericht (tribunal do povo), criado em 1934.

O tribunal especial foi integrado por juízes e militares assumidamente identificados com o nazismo e durante anos foi presidido por Otto Georg Thierak. Apesar da generosidade com que o tribunal do povo distribuía condenações

224. Sobre isto: Marc Hillel e Clarissa Henry, *Of pure Blood*, Nova Iorque, McGraw-Hill, 1976; com maior detalhe e a ocultação no pós-guerra, Volker Koop, *Dem Führer ein Kind Schenken*, Die SS-Organisation Lebensborn e.V., Köln, 2007.

225. Sobre o incêndio de Reichstag, Alexander Bahar e Wilfried Kugel, *Der Reichstagsbrand*. Wie Geschichte gemacht wird, Berlin, 2001.

graves e de morte, pois a lei de plenos poderes a havia estabelecido por enforcamento e por decapitação (guilhotina), em virtude da crescente autonomização das polícias, foi aumentando a tensão habitual entre as polícias e os juízes. Isso determinou que Gobbels expressasse, em uma conferência diante dos juízes desse tribunal, algo parecido ao que Hitler diria em seguida, o que foi aplaudido por esses juízes e pelo próprio Thierak, quem manifestou a ele que essas exposições eram de orientação muito útil para o tribunal.

Hans Frank havia percebido o perigo que trazia a crescente autonomização policial, especialmente da Gestapo, que ameaçava condicionar diretamente o Estado – como toda polícia que se autonomiza –, o que não era percebido pelo próprio Hitler, que, como muitos políticos, confiava em sua onipotência controladora. A isso se deveu tanto seu discurso posterior como a substituição de Frank por Thierak na presidência da famosa Academia, e a ordem de que aquele só falasse sobre o concernente a suas funções de governador na Polônia.

O regime tinha duvidado da nomeação do novo presidente da Academia, pois também havia pensado em um alto funcionário do ministério de justiça, que vinha precedido de similares funções na Prússia: Roland Freisler. No entanto, considerou-se que, possivelmente, compartilhasse os desejos de Frank, por isso, preferiu-se Thierak, que tinha sido ministro da justiça da Saxônia e depois presidente do tribunal do povo. Este último era um assassino comprovado, que, em 1946, evitou a sua condenação em Nürnberg envenenando-se.

Freisler era um notório advogado que tinha sido discípulo de Hedemann – um dos mais conotados civilistas do século passado alemão²²⁶ –, escalou posições no partido e participou ativamente nos trabalhos preparatórios do frustrado novo código penal, escrevendo profusamente sobre o direito penal nazista, entre cujos trabalhos se destaca o transparente desenvolvimento do direito penal de vontade (*Willensstrafrecht*), a que, em breve, aludiremos²²⁷.

Propagava-se certa desconfiança em relação a esta personagem, porque, sendo prisioneiro dos soviéticos no fim da grande guerra, tinha aprendido russo e depois do armistício tinha se ocupado do campo de prisioneiros. Por isso, suspeitava-se que podia estar poluído com ideias marxistas²²⁸, o

226. Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963), ao igual a Mezger, alcançou a cúspide da sua carreira em NS-Zeit. Também passou seus últimos anos em um monastério e, aparentemente, reivindicou o direito natural.

227. V. *Infra*, IV, C, 1.

228. Ao que parece, Hitler o chamava de nosso Wychinski (cfr. Thilo Ramm, *Die Justiz und das "Dritte*

que, é claro, ele negava rotundamente. Tampouco agradavam suas atitudes soberbas, que o faziam contrair algumas antipatias e conflitos no interior do partido, onde ninguém duvidava de suas grandes ambições de poder.

O ministro da justiça Gürtner morreu misteriosamente de forma repentina e o ministério ficou interinamente a cargo de um subsecretário, até que Thierak foi nomeado ministro e assumiu em agosto de 1942, deixando vaga a função de presidente do tribunal do povo, para a qual foi designado Freisler.

Thierak imediatamente modificou leis e estatutos, terminando de configurar a terrível legislação penal do tempo de guerra, entre a que se destaca o impulso dado ao delito de desmoralização, *cujas competência exclusiva se atribuiu ao Volksgericht em 1943. Concordava com Himmler em que era necessário exterminar massivamente mediante o trabalho ou com execuções, que impulsionou manifestamente desde o ministério. Uma das primeiras medidas de Thierak como ministro foi entregar à SS vinte mil detentos preventivos não alemães para serem usados como mão de obra escrava*²²⁹. As suas cartas aos juizes também foram famosas (Richter-briefe), nas quais formulava recomendações sobre a forma de aplicar a lei conforme as diretivas do partido.

Freisler, embora no início tenha se acreditado estar perto dos desejos de Frank, logo depois mostrou-se por completo alheio a estes. Acreditando ser indispensável exagerar na atuação para neutralizar a desconfiança que tinha demorado a sua ascensão, adotou depressa uma posição diametralmente oposta a suas supostas limitações anteriores e, como presidente do Volksgericht durante três anos, conseguiu entrar na história como o palhaço carrasco disfarçado de juiz mais trágico e letalmente ridículo de todos os tempos.

Os processos que presidía eram vergonhosos: insultava e cuspiava os processados, injuriava-os e humilhava-os aos gritos; as defesas eram formais e inexistentes, sem que permitisse aos processados falar com seus supostos defensores nomeados em documentos; as audiências duravam minutos e terminavam em sentenças de morte distribuídas com generosidade incrível; redigia pessoalmente as sentenças que, em poucas páginas, decidiam a vida dos processados. Há registros em câmara, que hoje podem ser vistos na rede e que são escandalosos, em especial, o do julgamento dos conspirados

Reich – Das “Dritte Reich” und die Justiz Positionen und Perspektiven – Probleme und Lösungen, em Gerhard Pauli e Thomas Vormbaum (eds.), Justiz und Nationalsozialismus, Kontinuität und Diskontinuität, Berlin, 2003, p. 34, nota 51).

229. Em contribuições para uma mudança cultural a partir de Auschwitz, Buenos Aires, Museu do Holocausto, 2013, p. 43.

de 1944, onde seus dotes teatrais de histérico descontrolado alcançam sua máxima expressão.

O tribunal do povo sob a sua presidência fez condenações de morte em conversas de restaurante, em locais de trabalho, em encontros casuais no trem. Nas sentenças, leem-se frases incríveis²³⁰. Dado que o tribunal era integrado por dois juizes de carreira e três leigos, Freisler pretendia que a maioria leiga introduzisse um novo sentimento jurídico, que sintetizava na expressão este não é um lugar para teses doutorais²³¹.

Entre as milhares de sentenças de morte arbitrárias emanadas do tribunal sob a sua presidência, a maioria pelo famoso delito de desmoralização, costuma-se lembrar a dos irmãos Sophia e Hans Scholi. Estudantes, jovens de vinte anos, eles participavam de uma organização chamada rosa branca, que distribuía panfletos e alguns grafites como forma de resistência passiva e não violenta contra o regime, e foram condenados à morte e guilhotinados por ordem do Volksgericht em 1943.

Em três anos, o Volksgericht emitiu 4862 sentenças de morte (1200 em 1942; 1662 em 1943; 2000 em 1944), embora os números não sejam absolutos, por isso, estimam-se entre 5100 e 5300²³². Cabe observar que, na Alemanha, em total, entre 1933 e 1945, emitiram-se judicialmente mais de 32.000 penas de morte, das quais 30.000 foram entre 1941 e 1945²³³. Somente o número justifica a frase no juízo de Nürnberg aos juristas: a adaga do assassino estava oculto sob a toga do juiz. *Não obstante, estes – incluindo os de Volksgericht – ficaram virtualmente impunes e até cobraram as suas pensões. Não cabe pensar que isto tenha sido só resultado do treinamento dos juizes no positivismo jurídico que, como vimos, com ingenuidade, diagnosticava Radbruch.*

A presidência de Freisler terminou abruptamente no sábado 3 de fevereiro de 1945, quando estava presidindo a sessão de Volksgericht e a ponto de condenar à morte *Fabian von Schlabrendorff*. Um bombardeio inglês sobre

230. Por exemplo: Como traidor a nossa luta e objetivo, sem nenhum sentimento de honra, o acusado deve ser desonrado para sempre. Ou a seguinte, porém mais expressiva da sua irracionalidade: Diante do tribunal comparece uma pessoa moralmente castrada, um homem que perdeu para sempre a sua honra deve desaparecer do nosso meio, não queremos vê-lo mais entre nós, em razão da dignidade e limpeza do nosso povo.

231. Klaus Marxen, Das Volk und sein Gerichtshof, Eine Studie zum Nationalsozialistischen Volksgerichtshof, Frankfurt, V. Klostermann, 1994, p. 19.

232. Ibidem, p. 17, nota 1.

233. Friedrich Denker, Die strafrechtliche Beurteilung von NS-Rechtssprechungsakten, em Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, op. cit., p. 294 e ss., com uma análise da jurisprudência do BGH.

Berlim não lhe deu tempo de chegar ao refúgio, pois uma bomba impactou no edifício e, com o expediente na mão, morreu esmagado por uma coluna. O processado foi logo absolvido e, já em tempos da República Federal, foi juiz do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). Embora possa não ser verdade, diz-se que, quando o cadáver chegou ao hospital, alguém sussurrou que Deus tinha feito justiça. Foi enterrado discretamente, nenhum líder assistiu ao seu enterro e, aparentemente, ninguém lamentou muito a sua morte. Muitos anos depois, fez-se um escândalo parlamentar e jornalístico ao tornar-se público que a sua viúva cobrava pensão e até reparação pela sua morte²³⁴.

Esta é a melhor amostra do que na realidade foi a magistratura nazista, teorizada por Carl Schmitt e outros relevantes juristas desses anos, alguns citados ou ressuscitados ainda hoje com significativo respeito.

D. A LEGISLAÇÃO PENAL NAZISTA

1. O IMPULSO LEGISLATIVO DOS PRIMEIROS ANOS

Embora nosso objetivo se limite à doutrina penal do nazismo, dado que – por sorte – o único que chegou para nós foi a dogmática jurídica penal, não podemos deixar de mencionar o copioso material legislativo sobre o qual trabalhavam os advogados criminalistas²³⁵, só para completar o quadro institucional no qual se desenvolveu a discussão dogmática.

A mais completa investigação alemã a respeito distingue três momentos legislativos: uma primeira fase de atividade legislativa se encerrou em 1935 com a “lei de proteção do sangue e da saúde matrimonial”. Na fase intermediária, entre 1936 e o início da guerra, destacam-se poucas leis e regulamentos, ao contrário da fase da guerra, em que se emitiram numerosos preceitos. O direito penal de guerra não ocupa o maior espaço só por estas razões externas, mas é de particular interesse porque contém chamativas inovações, sendo duvidoso se haviam sido condicionadas pela guerra ou se envolviam passos para um direito penal futuro²³⁶.

O primeiro período é aberto com a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 (Ermächtigungsgesetz), denominada oficialmente como

234. Em castelhano, pode-se ver Helmut Ortner, op. cit., 2010.

235. Sobre a legislação penal nazista, Christiano Falk Fragoso, op. cit., p. 172 e ss.; Hans-Ludwig Schreiber, *Die Strafrechtsgebung im “Dritten Reich”*, em Ralf Dreier u. Wolfgang Sallert (eds.), op. cit., p. 151 e ss.

236. Gerhard Werle, op. cit., p. 58.

lei para a eliminação da necessidade do povo e do Reich. Mediante esta lei, o Reichstag permitiu a Hitler legislar por regulamentos, em especial, depois da morte de Hindenburg, quando reuniu, em sua própria figura, as funções de chanceler e presidente. A partir desse momento, deu-se uma acelerada produção de leis penais: 1) Regulamento para a proteção do povo alemão, de 4 de fevereiro de 1933, que penava a instigação pública a qualquer atividade violenta contra pessoas ou coisas, a desobediência de afastar-se de uma manifestação não autorizada e a difusão de impressos não autorizados. 2) Regulamento para a proteção do povo e do Estado, de 28 de fevereiro de 1933, que suspendeu os direitos individuais da Constituição de Weimar, tipificou e agravou os delitos contra o Estado e tudo aquilo que hoje se chama nebulosamente terrorismo, introduzindo inclusive uma lei penal em branco e prevendo quase sempre pena de morte única ou alternativa. 3) Regulamento contra a traição ao povo alemão e maquinacões traidoras, de 28 de fevereiro de 1933, que agravou as penas por alta traição e rebelião. 4) Regulamento de defesa contra ataques à pátria contra o governo do movimento nacional, de 21 de março de 1933. 5) Regulamento sobre a imposição e execução da pena de morte, de 29 de março de 1933, conhecida como Lex van der Lubbe, que dispõe a aplicação retroativa da anterior, para possibilitar a condenação à morte dos responsáveis pelo incêndio do Reichstag. 6) Lei de defesa contra a violência política de 4 de abril de 1933, que impunha penas a todo ato violento contrário ao regime, da morte até quinze anos de prisão nos casos leves. 7) Lei de proteção dos símbolos nacionais, de 19 de maio de 1933, incluindo os do partido, a cruz gamada, entre outros. 8) Lei que modifica disposições penais, de 26 de maio de 1933, com várias reformas ao código do Reich (RStGB), algumas provenientes de projetos anteriores; entre outras, introduz a famosa administração fraudulenta (Untreue). 9) Lei contra a traição à economia popular, de 12 de junho de 1933, que previa penas draconianas aos nacionais que cometessem delitos cambiários. 10) Lei contra a formação de novos partidos, de 14 de julho de 1933, como consequência de considerar o NSDAP partido único. 11) A mais significativa lei em matéria penal geral, porque se referia à delinquência comum e provinha de projetos anteriores, foi a lei contra criminosos habituais perigosos e sobre medidas de segurança e melhoramento, de 24 de novembro de 1933, que manteve vigência inclusive depois da guerra²³⁷. 12) Lei de modificação de preceitos penais e

237. Esta lei provinha de projetos anteriores, em que se aceitava a dupla via. Sobre o projeto Radbruch de

processuais penais, de 24 de abril de 1934 (Novela de traição), que reordenava a matéria de delitos políticos de traição e rebelião. 13) Lei de medidas de defesa do Estado, de 3 de julho de 1934, na qual – como vimos – em um único artigo declara que a matança da noite das facas longas foi um ato de legítima defesa. 14) Lei contra ataques traidores ao Estado e ao partido e para a proteção dos uniformes partidários, de 20 de dezembro de 1934, que considera propaganda terrorista toda afirmação falsa que prejudique a confiança no partido e no Governo. 15) Lei de modificação do código penal, de preceitos processuais penais e da lei de organização dos tribunais, de 28 de junho de 1935. A mais importante novidade desta reforma foi a introdução da analogia no § 2º do StGB, segundo a famosa expressão conforme a ideia básica de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. 16) Lei de proteção do sangue alemão e do matrimônio alemão, de 15 de setembro de 1935 (lei de proteção do sangue). 17) Lei de proteção da saúde hereditária do povo alemão, de 18 de outubro de 1935 (lei de saúde matrimonial).

Desde as primeiras leis penais, observa-se a derrogação da legalidade – formalmente consagrada em 1935 – e, principalmente, a do princípio de não retroatividade da lei penal, em caso do incêndio do Reichstag como exceção, mas, em seguida, como regra, por isso, cada lei dispunha se sua aplicação era retroativa ou não, e, no primeiro caso, se era sem término ou se a retroatividade se limitava a certo período de tempo decorrido²³⁸.

Observou-se que esta extraordinária expansão da legislação penal na primeira etapa era inclusive anterior ao nazismo, especialmente pela legislação de guerra e depois pelas medidas econômicas em virtude da inflação e da crise dos anos vinte²³⁹. Este impulso parece ter-se acalmado um pouco nos anos anteriores à guerra, em que foram emitidas leis penais sobre o sequestro de crianças (22 de junho de 1936), danos a elementos de defesa (2 de julho de 1936), sabotagem econômica (1º de dezembro de 1936), emissoras de rádio clandestinas (28 de novembro de 1937), encobrimento de empresas judaicas (22 de abril de 1938), denúncia de patrimônio de judeus (26 de abril

1922 e os sucessivos projetos de 1925 (que mantinham a pena de morte), 1927 e 1930. Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, cit. p. 76 e ss.

238. Sobre isto, o detalhado estudo de Wolfgang Naucke, *Die Missachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945*, em *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Baden-Baden, 2000, p. 337 e ss.

239. Cfr. Joachim Vogel, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, em *ZStW*, 115, 2003; do mesmo, Berlim, 2004, p. 49. Sobre esta expansão, especialmente em direito penal econômico durante a Primeira Guerra, Eugenio C. Sarabayrouse, *O Direito penal da Revolução Bávara de 1918-1919*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 77.

de 1938), roubo com armadilha para automobilistas (28 de junho de 1938). Esta última é demonstrativa da original forma de legislar, pois consistia em um único artigo que rezava: aquele que, com intenção de roubar, coloque uma armadilha para automóveis, será sentenciado à morte.

No percorrer dos anos prévios à guerra, sob a direção do ministro Franz Gürtner, realizou-se um prolongado esforço para elaborar um projeto de código penal cujos trabalhos foram publicados com o título *O direito penal do futuro*²⁴⁰. Tratou-se de uma reforma frustrada, aparentemente, por rixas mais pessoais que ideológicas, pois Hans Frank havia se sentido excluído dela e convenceu Hitler a não assinar o projeto, quando tudo estava preparado para a sua sanção.

Eberhard Schmidt refere-se desdenhosamente a que na comissão de Gürtner participasse um Roland Freisler²⁴¹. Posteriormente à guerra, foi comum que os membros dessa comissão se defendessem de imputações de nazismo, explicando que, no seio da comissão, enfrentaram Freisler que, como estava morto e havia sido uma espécie de palhaço que tinha agido de forma exagerada, era considerado a encarnação do mal²⁴².

Outras dissidências internas do partido também podem ter contribuído ao fracasso do projeto, já que entre Gürtner e Himmler existia uma forte tensão, pois o ministro criticava fortemente os procedimentos assassinos da Gestapo, apesar de ter seguido todas as leis penais nazistas da época. Também – conforme se diz – foi sua a ideia de introduzir a pena de morte por guilhotina em lugar da forca.

Aparentemente, as críticas de Gürtner recrudesceram depois de uma viagem à Polônia e, em pouco tempo, em janeiro de 1941, ocorreu o repentino falecimento a que nos referimos, em relação ao qual circula a versão de um possível envenenamento. Ele foi sepultado com todas as honras, mas com a ausência de Himmler e Heydrich²⁴³, e não se insistiu em um projeto de código penal.

240. *Das kommende Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission herausgegeben von Dr. Franz Gürtner Reichsjustizminister, Berlin, 1935*. Houve um primeiro projeto de parte geral, tratado em uma primeira leitura (1934) pela comissão integrada por Klee, Dahm, Freisler, Nagel, Mezger, Kohlrausch, Lorenz, Gleispach; na segunda leitura, que é a publicada em 1935, somaram-se à comissão Schaffstein, Henkel, Niethammer, Thierak e Goltz.

241. Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951, p. 438.

242. Em relação a isso, no caso de Kohlrausch, Holger Karitzky, Eduard Kohlrausch. *Kriminalpolitik in vier Systemen. Eine strafrechtshistorische Biographie*, Berlin, 2002, p. 461.

243. O relato detalhado dos trabalhos de elaboração do projeto entre 1933 e 1939, com o título *A reforma penal cortada (Die gescheiterte Strafrechtsreform 1933-1939)*, em Lothar Gruchmann, op. cit., p. 753 e ss.

2. A LEGISLAÇÃO PENAL DE GUERRA

A partir da guerra, houve uma nova onda de leis penais, algumas vinculadas à situação bélica, mas outras menos claramente motivadas por ela, que acentuavam o geral caráter repressivo da lei penal que provinha dos primeiros anos. A normativa penal de guerra não emanava só do Führer, mas também tinha ocorrido uma dispersão das fontes de produção legislativa, por efeito de uma delegação institucionalmente complexa²⁴⁴.

Ao regulamento sobre delitos de destruição de meios de defesa (17 de agosto de 1938), acrescentaram-se em setembro de 1939 a punição de escutas de rádios estrangeiras (para proteger a unidade anímica), de fatos contra a economia de guerra e; sobretudo, o regulamento contra parasitas de 5 de setembro de 1939, cujo § 4 demonstra a técnica legislativa da época: quem dolosamente se aproveitar das circunstâncias extraordinárias causadas pelo estado de guerra para cometer algum delito será alvo de pena, superando as escalas penais regulares, com prisão até quinze anos, com prisão perpétua ou com a morte, quando assim o requerer o são sentimento do povo em razão do especial comportamento repreensível do fato punível.

Em dezembro de 1939, penas contra delinquentes violentos, em particular armados, foram agravadas, porque seus feitos eram considerados mais puníveis em tempo de guerra; assim como em abril de 1940 se fez com as lesões culposas com fuga no trânsito, o que não tinha nada que ver com a guerra. Argumentando que os condenados não podiam estar melhor que os soldados, reformaram-se as leis de execução penal em junho de 1940. Em setembro de 1941, determinou-se a pena de morte para delinquentes habituais e sexuais, quando for requerida pela proteção da comunidade do povo ou pela exigência de uma justa expiação. Diversos regulamentos penais se referiram à adaptação do código penal para os territórios ocupados e anexados. Nestes, são destacadas disposições que equiparam a pena da tentativa à consumação, a punição da tentativa de instigação e de cumplicidade, e outras na linha do direito penal de vontade.

A partir de 1940 e até os últimos meses antes da queda do regime, em meio de tensões entre as polícias e o ministério de justiça, foi sendo projetada uma legislação contra parasitas e estranhos à comunidade (*Gemeinschaftsfremden*) de forma que, em suma, levava ao extremo, junto com a cruz gamada, os critérios regentes das velhas leis de periculosidade pré e pós

244. Sobre isto, Gerhard Werle, op. cit., p. 203 e ss.

delito, até concretizar-se em um projeto definitivo em 1944, cuja autoria correspondeu a Edmund Mezger e a Franz Exner²⁴⁵ e que não chegou a ser sancionado. A formatação dessa normativa com o código penal era tão complexa que se pensou em uma nova parte geral do código penal, impedida pelos fatos de ser concretizada²⁴⁶.

Cabe destacar, na legislação deste período, o regulamento para a proteção contra jovens criminosos graves de 4 de outubro de 1939, que dispôs que se aplicasse a pena destinada aos adultos quando o autor, conforme seu desenvolvimento intelectual e moral, seja equiparável a uma pessoa maior de dezoito anos, e quando, no fato, tenha demonstrado uma disposição criminal interna especialmente censurável ou quando a proteção do povo exija essa punição.

No começo da guerra, eram temidos os efeitos do abandono de crianças, conforme a experiência que havia deixado a primeira guerra, por isso foram reforçadas a vigilância e a repressão dos jovens. Mediante o regulamento de 1939 – que não parece vinculado à guerra –, o que, na verdade, estabelecia-se era a pena de morte para adolescentes, para a qual o dispositivo transcrito apela à velha fórmula medieval *malitia suplem aetatem*, como era reconhecida expressamente pela doutrina penal²⁴⁷.

A pena de morte a adolescentes se impôs como consequência de dois casos notórios: em um homicídio, o tribunal condenou a pena da prisão, e Hitler, ao ler a notícia jornalística, reclamou a pena de morte, que o triste palhaço Freisler se apressou em determinar; o outro foi o homicídio do secretário da delegação alemã em Paris. Entre 1939 e 1943, foram numerosas as condenações à morte de jovens menores de 18 anos²⁴⁸.

Cabe atentar que não deve pensar-se que o exercício do poder punitivo por parte do regime nazista esteve pautado por estas leis que, em suma, eram

245. Sobre esse projeto: Francisco Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo. Valência, Tirant lo Blanch, 2003; Gerhard Werle, op. cit., p. 619 e ss. Também Klaus Marxen, *Strafrecht nach der Überwindung zweier Unrechtsregime in Deutschland*, op. cit., p. 1202.

246. Gerhard Werle, op. cit., p. 661 e ss.

247. Así, Johannes Nagler, *Die jugendlichen Schwerverbrecher*, em *Gerichtssaal*, 1941, p. 1 e ss. É interessante a legitimação dessas atrocidades pelos doutrinários citados por Gerhard Werle, em especial Franz Exner (p. 273 e ss). Deve-se lembrar que Grispigni, em seu triste debate com Mezger, considerava que a pena de morte para adolescentes era revolucionária (Filippo Grispigni e Edmund Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milão, Giuffrè, 1942).

248. Cfr. Jörg Wolff, *Das Jugendstrafrecht zwischen Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, em Ostendorf, Heribert e Danker, Uwe (eds.), *Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen*, op. cit., p. 65 e ss.; entre eles encontra-se o enforcamento de um adolescente de dezesseis anos, integrante de um grupo de greve juvenil (Alexander Goeb, *Er war sechzehn, als man ihn hängte, Das kurze Leben des Widerstandskämpfer Bartholomeus Schink*, Hamburgo, 1984).

dirigidas aos juízes para indicar aquilo que deviam resolver nos casos que chegavam ao seu conhecimento. Entretanto, em paralelo, foi sendo desenvolvida uma desordenada legislação policial²⁴⁹, que permitiu a autonomização das polícias na forma como explicamos antes e que, na realidade, foram as que, de fato, exerceram o poder punitivo, não só selecionando os casos que apresentavam aos juízes dentro do sistema penal formal, mas também, assim como em toda ditadura – e nesta com maior ênfase e sofisticação –, estabeleceram o sistema penal paralelo de que falamos antes, e também outro subterrâneo.

A particularidade – curiosamente inusitada, certamente — do sistema penal subterrâneo nazista, em especial nos territórios ocupados, está em que foi regulamentado com o famoso decreto Nacht und Nebel (Noite e névoa) do marechal Keitel, conhecido oficialmente como Diretrizes para a perseguição das infrações cometidas contra o Reich ou as forças de ocupação nos territórios ocupados²⁵⁰, que legislava os desaparecimentos forçados e as execuções sem processo.

3. A RADICALIZAÇÃO DO PERIGO BIOLOGISTA

Ao fazer superficial revista à normativa penal nazista, o primeiro que sobressai é sua desordem e seu avanço paulatino. Formalmente, pelo menos, pretendia emanar toda de um indivíduo, embora, na verdade, isto não tenha passado de uma primeira pretensão com a lei de plenos poderes. Embora, em todos os casos, revele uma tendência repressiva extrema, na verdade, não permite assinalar muita coerência, já que interferiam fatores conjunturais e acidentais, como as atitudes infantis de Hitler e os conflitos internos do partido que, apesar do trabalho prolongado de preparação, impediram inclusive obter um código ordenador, como tinha feito o fascismo italiano.

Seria um erro assumir que tudo isto tenha sido obra de uma meditação autoritária orgânica, porque a história íntima mostra o contrário. Como máximo, pode-se observar, por um lado, a *intenção* de reprimir todo ato ou expressão política dissidente ou de resistência e, por outro, de agravar penas para delitos comuns, extremando, radicalizando e politizando (conforme o programa de estabelecimento da sociedade sistêmica) a velha periculosidade policial inventada e legitimada desde muito antes pelo positivismo

249. V. o detalhado estudo desta legislação em Gerhard Werle, op. cit., p. 481 e ss.

250. Richtlinien für die Verfolgung gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten, emitido em 7 de dezembro de 1941 pelo Marechal Wilhelm Keitel, sujeito que foi executado em 1946 em Nuremberg.

criminológico. Tudo isto, enquanto as polícias eram autonomizadas e se desenvolvia um sistema penal subterrâneo que alcançou a sua máxima expressão com o mencionado e insólito decreto Nacht und Nebel, cuja originalidade estava em legislar sobre aquilo subterrâneo.

No entanto, estas tendências não são exclusivas do nazismo, pois são quase de rigor em qualquer ditadura. A intensidade da crueldade e da brutalidade no exercício do poder punitivo não é propriamente uma originalidade – pelo menos no sentido ideológico —, mas sim uma característica quantitativa. Aquilo que é realmente original no nazismo é que os advogados criminalistas, no quadro ideológico a que antes nos referimos, e no quadro institucional de que formam parte estas leis de extrema perversidade, tenham empregado a dogmática jurídica penal para legitimar e racionalizar a sua interpretação com o objetivo da sua aplicação jurisprudencial. *A partir disso, surge o interesse atual no estudo das racionalizações dessa dogmática jurídica.*

De qualquer forma, faz-se indispensável destacar que existia uma contradição insuperável entre aquilo que demonstra a legislação penal e o quadro ideológico (ou paradigma) com que eram elaboradas as racionalizações. De fato, o sentimento comunitário, que supostamente seria inerente à condição de integrante do povo, estaria na essência da comunidade popular e se assumia como determinado biologicamente pela raça; se existisse realmente, teria determinado um nítido predomínio de relações horizontais na população, um forte laço ético entre seus integrantes que, obviamente, teria tornado menos necessário o fortalecimento dos vínculos verticais de poder (como são os de natureza punitiva estatal), que seriam os próprios de sociedades menos integradas comunitariamente. A apelação a leis penais deste grau de extremo autoritarismo totalitário caminhava na contramão daquilo proclamado pelas racionalizações germanistas dos teóricos do nazismo que impactavam os advogados criminalistas.

Inclusive, é evidente que, na etapa de guerra, a legislação penal se tornou mais repressiva e abriu espaços de arbitrariedade punitiva sem precedentes. Sabe-se que uma catástrofe, uma agressão ou uma guerra, em qualquer sociedade, reforçam o sentimento comunitário, mas, neste caso, tudo faz pensar que os ideólogos acreditavam o contrário.

Pois bem, se uma sociedade tivesse estado tão intensamente integrada como pretendiam os ideólogos nazistas, a guerra deveria ter tido o efeito de reforçar ferrenhamente o sentimento comunitário, ou seja que, para a

concepção sistêmica da sociedade que expressava a ideia da comunidade do povo, a guerra devia levar essa sociedade a um extremo de integração ética em que a punição só fosse necessária em pouquíssimos casos quase patológicos. Não obstante, na realidade, aconteceu o contrário: as leis penais aumentaram, e ficaram mais repressivas do que nunca. Tudo indica que quem legislava não acreditava muito na integração ética da comunidade popular, à diferença dos advogados criminalistas, que reafirmavam a sua fé nela na hora de interpretar as leis que os primeiros ditavam.

Esta profusão de legislação repressiva e a intensificação do poder punitivo na realidade social desse tempo demonstrariam que se tratava de uma sociedade altamente fragmentada, à qual se quis impor uma ordem vertical autoritária de alta intensidade. Embora isso seja discutível e a elucidação pouco importe neste momento, fica claro que a contradição é manifesta: se a sociedade estava tão integrada eticamente como se pretendia, não se explica por que foram necessárias leis penais tão draconianas e extremas e um exercício de poder punitivo tão fortemente verticalizador.

A explicação desta aparente contradição é que a famosa comunidade popular como sistema social não era mais que um projeto político para implantar e, de jeito nenhum, uma realidade para reforçar, como pretendiam seus ideólogos no campo doutrinário penal.

Capítulo IV

CONFUSÃO POLÍTICO PENAL

A. AS ORIGENS DA CONFUSÃO DISCURSIVA

1. CONTINUIDADE OU CESURA NO PENSAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL?

A natureza *política* da dogmática jurídica penal é manifestada em cada sistema interpretativo e o atravessa por completo, porque ao advogado criminalista lhe é impossível obter coerência sem partir da atribuição de certa função ao direito penal, à pena, aos limites do poder punitivo. Necessariamente, a pouco ou a nada disto poderá responder sem encaixá-lo em certo modelo de sociedade que, por sua vez, é produto do seu contexto e da sua interação com sua própria visão do mundo e do ser humano.

Estas questões *de base* compõem a dogmática e estendem-se ao campo político puro quando o advogado criminalista pretende que se convertam em lei, quer dizer, quando abertamente propõe ou critica a lei, porque não pode evitá-lo, dado que cada um de nós – os seres humanos –, caso pudéssemos, configuraríamos o mundo de modo diferente. Coincidiríamos mais ou menos com outros, dando origem a perspectivas que podem ser liberais, socialistas, totalitárias, democráticas, solidárias, individualistas, e um grande conjunto de variáveis e matizes.

Este terreno *de base* do trabalho dogmático é estendido à política mesma (legislativa), como um efeito *paradigmático*. É a este pilar básico de toda construção dogmática, com capacidade de eventual extensão ao político legislativo, que chamamos de *político penal*, com a advertência de ser algo diferente daquilo que usualmente costuma conhecer-se como *política criminal*, pelo menos se por isto se entende a *luta contra o delito*, expressão muito pouco clara.

Em resumo: o *político penal* é o conjunto de orçamentos diretamente políticos que cada advogado criminalista adota conforme a sua cosmovisão para realizar sua tarefa interpretativa, visando projetá-la na jurisprudência, e

que, eventualmente, estende-se ao campo legislativo como crítica à lei ou projeção de lei.

Neste terreno, quando centramos a atenção nas discussões da ciência jurídico penal dos anos que nos ocupam, não parece possível apontar uma *ruptura total* entre as posições e ideias prévias ao nazismo e as do próprio período nazista, pois na realidade se percebe uma certa *continuidade estrutural*²⁵¹, que foi atribuída a uma radicalização da tendência *lisztiana* que estava dominando os trabalhos de reforma, embora não só a esta última.

Vormbaum assinala, como tendências prévias, a *materialização* (menos formas jurídicas), *funcionalização* (domínio da ideia de *fim*), *etização* (confunde-se moral e direito) e *subjetivação* (releva-se o *interior* do autor). O nazismo teria operado uma radicalização ou aceleração destas características, tanto quantitativa (atenuação meramente facultativa da tentativa, a dupla via com a medida para delinquentes habituais de 1933, etc.) como qualitativamente (esterilização forçada, proteção do sangue, etc.)²⁵².

Na realidade, o *perigosismo positivista* que se espalhava pelo mundo, em especial devido a italianos e franceses, por muito que fosse matizado por von Liszt, nunca deixou de ser *por essência* um discurso biologista que legitimava uma intervenção desmesurada e seletiva das polícias e expressava-se em um *acordo* entre uma polícia que crescia em poder, mas carecia de discurso²⁵³, e uma corporação médica com discurso e que queria poder.

Outra coisa aconteceu na Alemanha: o discurso *perigosista* foi se instalando nos trabalhos da reforma legislativa —matizado por von Liszt, mas sempre *perigosista* —, até que o nazismo o radicalizou e adicionou a cruz gamada.

É verdade que os dois discursos (positivista e nazista) partem de certo pressuposto diferente — como vimos —, pois, enquanto um sonhava com a realidade do organismo social (conforme o racismo evolucionista spenceariano), o outro defendia o dever de construir ou restabelecer o organismo

251. Cfr. Thomas Vormbaum, *Eduard Kohlrausch (1874-1948). Opportunismus oder Kontinuität?*, em *Fest. 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, op. cit., p. 523 e ss.

252. *Ibidem*, pp. 536-541; no mesmo sentido de negação de ruptura e de mera excepcionalidade do acontecido nesses anos, Wolfgang Naucke, *NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik?*, em *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, op. cit., p. 360 e ss.; no mesmo sentido, Joachim Vogel, op. cit., p. 14.

253. A carência de discurso policial, à medida que aumentava seu poder na primeira metade do século XIX, foi colocada em evidência na França pelo concurso aberto pelo Colégio da França sobre as classes perigosas nas grandes cidades, que teve como resultado o trabalho bastante ineficaz de Honoré Antoine Frégier, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*, Bruxelas, 1840.

imaginado (conforme o racismo involutivo originário de Gobineau); mas os dois correspondiam a posicionamentos *sistêmicos ou organicistas da sociedade*, embora *alucinado* por uns e *sonhado* por outros.

É verdade que os primeiros atribuíam ao poder punitivo uma função *leucocitária* que eliminasse os *entes patogênicos* do organismo social que acreditavam ser real, enquanto os segundos procuravam eliminar as células cancerígenas que dificultassem o crescimento do organismo que estavam instalando.

Talvez provoque confusão o fato de que o positivismo criminológico alemão — por razões nacionalistas — quis sempre distanciar-se de Lombroso ou de Lacassagne²⁵⁴, mas a verdade é que tal *ruptura* entre o organicismo (ou visão sistêmica social) dos positivistas e dos nazistas não era tão radical, haja vista que o último compartilha com o *perigosismo* — vigente no mundo há mais de meio século antes do nazismo — um fundo comum racista, *eugenésico* e discriminatório, próprio do quadro geral do racismo neo-colonizador europeu.

O nazismo, dado que sua essência era a de um *programa político radical de construção de um sistema*, precisava inventar um *inimigo* de seu projeto de instalação de sociedade sistêmica, diferente ao do positivismo criminológico spenceariano, cujos inimigos *internos* eram as classes subalternas e os atávicos parecidos com os colonizados. Carl Schmitt viu esta necessidade com clareza e oportunismo e pretendeu elevar a *invenção do inimigo* à condição de essência da política. Um projeto genocida não pode ignorar que todo crime em massa vem precedido de um prévio processo de insensibilização²⁵⁵ e, por conseguinte, a invenção do inimigo para a simulação de guerra é imprescindível²⁵⁶. Para este fim, não encontrou nenhum grupo mais idôneo que o dos judeus como candidato a *bode expiatório*, mas, embora o tenha escolhido, não o inventou, convertendo o antisemitismo *econômico* em *racista*, tarefa a que a direita reacionária e monárquica francesa — como vimos — havia se adiantado bastante e que, além disso, ficou facilitada pelo paradigma racista imperante.

A verdade é que o nazismo não teve muito de original no plano ideológico, pois, em suma, adotou material disponível, radicalizou-o e levou as

254. A versão penal do positivismo criminológico próximo de Ferri, com a teoria da *ação sintomática*, embora enunciada no início do século XX na Alemanha, não teve eco posterior nessa versão (em especial são citadas sempre como dado meramente histórico, Ottokar Tesar, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, Berlim, 1907; Horst Kollmann, *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem*, Breslau, 1908).

255. Cfr. Herbert Jäger, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, p. 199.

256. Assim foi inclusive para os nossos povos originários; cfr. Eduardo Luis Aguierre, *Delitos contra a humanidade e genocídios* (tese) Universidade de Sevilla.

consequências derivadas disso até uma *praxe* desumana e feroz. A sua originalidade, em verdade, esteve na brutal e insólita criminalidade genocida da sua *praxe*, que os europeus apenas haviam levado a extremos análogos sobre populações colonizadas.

Neste último sentido, Vormbaum teve toda razão, pois é verdade que foi uma intensificação e radicalização quantitativa e qualitativa que chegou até altíssimos e incríveis níveis de crueldade, mas tampouco foi totalmente orgânica nem ordenada, posto que avançou por impulsos, surtos ou *vômitos* de avanço do poder *policia*l descontrolado.

2. A CRÍTICA A VON LISZT CONFUNDE

Desde os discursos político-criminais alemães da época as coisas não aparecem tão claras, devido ao rechaço geral nazista da famosa frase de von Liszt sobre a suposta *Carta Magna do delinquente* e à sua conseguinte estigmatização, que, por vezes, chega ao paroxismo e provoca desconcerto e confusão.

Algumas vezes incorreu-se diretamente no delírio. Assim, foi dito que a psicologia *criminal judaica* estava direcionada a debilitar o poder punitivo do Estado como forma de debilitar o Estado mesmo, a partir de afirmar que *o crime é uma doença do corpo social que não pode reconhecer-se no indivíduo e ainda menos combatê-la efetivamente nele*. Segundo o delírio nazista, para a psicologia criminal judaica *o crime será o sintoma de um Estado social coletivo e, por conseguinte, só pode ser combatido mediante reformas sociais*.

Afirmavam que, com este objetivo, a criminologia judaica baseava-se em estatísticas e com Freud chegava ao ápice: *mas o criminal procura a pena no crime, o que o libera do seu pré-existente sentimento de culpa. A estatal instituição da pena não dissuade o delinquente, mas sim precisamente o impulsiona em sentido contrário, em direção ao fato criminoso. Aqui ficou tudo confuso: a pena não é consequência do delito, mas sim justamente o contrário, o delito é consequência da pena. O sentimento de culpa não resulta do delito, mas sim o delito do sentimento de culpa. Nesta inversão geral, fica só a graça perante a soberania punitiva do Estado com as mãos vazias. Não às penalidades! [...] Abolindo as penas extinguir-se-ão os delinquentes ou converter-se-ão em neuróticos inofensivos. Com esta elegante conclusão, de modo original, a psicanálise arranca a espada da mão da justiça*²⁵⁷.

Em suma, segundo esta interpretação delirante, toda a *criminologia*

257. Max Mikorey, *Das Judentum in der Kriminalpsychologie*, em *Das Judentum in der Rechtswissenschaft. 3. Judentum und Verbrechen*, op. cit., p. 61 e ss.

judaica (Lombroso, Aschaffenburg, Freud) dizia respeito a uma imensa conspiração mundial para destruir o poder punitivo do Estado e impor a revolução bolchevique: *a história política da psicologia criminal judaica é só um capítulo do grande drama histórico mundial de confrontação entre os grupos de poder fascista nacional-socialista e judeu bolchevique, que marca o nosso século. Só neste grande contexto histórico mundial são compreensíveis as tremendas mudanças pioneiras da psicologia criminal judaica*²⁵⁸.

Para os nazistas, o delito — assim como trezentos anos antes a peste bubônica — espalhava-se por obra dos judeus: *É obviamente compreensível que, durante os anos de domínio judeu, tenham sido realizados todos os esforços possíveis para desculpar e, na medida do possível, prescindir de pena e, quando não havia outra solução, tornar a vida no estabelecimento penal o mais agradável possível. Algo que chocava os judeus como completamente desumano era a pena de morte. Com estas visões do estamento então dominante, a polícia e a justiça criminal foram se convertendo cada vez mais em ridículos espantalhos, que nenhum criminoso levava a sério. A criminalidade crescia como a erva. Os partícipes do direito decentes estavam fora da lei*²⁵⁹.

Este discurso termina afirmando que *criminoso* é quem com a sua atividade prejudica os *interesses comuns*, por isso, diante do *tumor liberal*, impõe-se um Estado que cumpra o *dever de proteger os partícipes do povo decentes, laboriosos, valiosos, de ajudá-los em sua necessidade, de aliviar e facilitar-lhes a vida; o único que cabe contra a criminalidade daninha ao povo é a dureza sem piedade. Penas fortes para retribuição e expiação do delito exige o são sentimento de justiça do povo. Só mediante a severidade pode ser contido o criminoso incorrigível da comissão de ulteriores delitos e, sendo necessário, enclaustrá-lo. A piedade em relação ao criminoso equivale à falta de compaixão em relação à população decente. Posto que cada atenuação perante a criminalidade significa para esta um incentivo, importa uma continuação e inclusive um aumento da sua atividade criminal em nome das pessoas honoráveis*²⁶⁰.

Estes embates irracionais contra o positivismo de von Liszt — com expressões que se reproduzem hoje cotidianamente nos meios de comunicação sem a cruz gamada — criaram sérias confusões, porque a verdade é que a chamada *luta*

258. *Ibidem*, p. 82.

259. Hans Fabricius, *Das Programm der nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei*, em Lammers, Hans e Pfundtner, Hans (eds.), op. cit., t. I, Gruppe 1, Beitrag 6.

260. Invoca o ponto 18 da NSDAP (el *Programm der nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei*, em Alfred Rosenberg, *Das Wesensgefüge des Nationalsozialismus. Grundlagen der deutschen Wiedergeburt*, Munique, Eher, 1934, p. 74).

de escolas do fim do século XIX e início do XX não tinha quase nada de liberal, como hoje se evidencia por parte dos historiadores de maior prestígio, e inclusive duvida-se de que tenha sido verdadeiramente uma *luta de escolas*²⁶¹.

A leitura de von Liszt de Francisco Muñoz Conde é extremamente ilustrativa. Cita o seguinte parágrafo de Liszt: *a pena deve ser em alguns estabelecimentos (de disciplina ou casas de trabalho) executada em comunidade. Corresponde a uma “pena de servidão” (Strafknechtschaft) com forte trabalho forçado e o máximo aproveitamento possível da força de trabalho; como pena disciplinadora almeja-se a de açoites; o inevitável e realçado caráter desonroso desta pena impõe como consequência a perda dos direitos cidadãos inerentes à honra: Em algum caso especial, poderia só impor-se como pena disciplinadora unida a prisão às escuras e o jejum rígido*²⁶².

O professor de Sevilha reproduz um parágrafo da carta de Liszt a Dochow, em que diz: *o delinquente habitual deve ser inócuo, e, certamente, que a custo seu e não ao nosso. A sua alimentação, seu ar, seu movimento, entre outros, conforme princípios racionais, é um abuso orçamentário*. Esclarece que Liszt não se pronunciava contra a pena de morte, que considerava uma questão política e não humanitária²⁶³.

Afirma este autor, com razão, que, para von Liszt, havia dois direitos penais: o que se aplicava ao delinquente normal e o que se aplicava ao habitual ou incorrigível; este último não parecia ter limite. A pena, por conseguinte, podia ter um objetivo ressocializador para os delinquentes que requeriam a inserção social, de mera dissuasão para os que não a requeriam e de inócuo para os incorrigíveis e habituais. A introdução nazista da pena indeterminada para o delinquente habitual em 1933 é de autêntico cunho lisztiano²⁶⁴.

Cabe observar que esta não é só uma valoração atual do pensamento político criminoso de von Liszt, pois, em tempos da confusão gerada por estes ataques, saiu em defesa deste seu último discípulo e fiel seguidor —Georgakis

261. Cfr. Wolfgang Naucke, *NS-Strafrecht als Teil einer längeren Entwicklungslinie im Strafrecht?*, em Franz Jürgen Sackler (ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 2009, p. 233 e ss.; Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Heidelberg, Springer, 2011, p. 137 (sobre o Programa de Marburgo, p. 125: o antiliberalismo dominante na doutrina, p. 160, projetos de esterilização em tempos de Weimar, p. 165); sobre o antiliberalismo em tempos de Weimar, Eduard Rabofsky e Gerhard Oberkofler, *Verborgene Wurzeln der NS-Justiz. Strafrechtliche Rüstung für zwei Weltkriege*, Wien-München-Zürich, Europaverlag, 1985.

262. Strafrechtliche Vorträge, de Liszt, t. I, p. 170.

263. Francisco Muñoz Conde, *Franz von Liszt (1851 – 1919) als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker*, em *Fest. 200 Jahr Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, op. cit., pp. 439 e ss, 446 (ver Francisco Muñoz Conde, *La herencia de Franz von Liszt*, em RDP e PP, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 22 e ss).

264. Também Thomas Vormbaum, *Einführung*, op. cit., p. 189.

—, rebatendo a crítica do trabalho pioneiro de Kiel de Dahm e Schaffstein, os quais lhe tinham atribuído a *emasculação da justiça penal e um destaque unilateral na ideia de humanização do direito penal*.

O discípulo de Liszt afirmava que *seria um grande erro identificar este ideal educador clássico humanista que Liszt imaginava — por outra parte, igual ao de muitos seguidores da ideia de expiação — com um sonho correcional na teoria penal*²⁶⁵. Em nota, destacava que ele não pode ser chamado de debilitador do direito penal ao não se pronunciar contra a pena de morte, que, embora não lhe fosse simpática, não deixa de considerar uma medida de segurança social indispensável.

Georgakis afirmava que todos os esforços reformadores de Liszt eram justamente contra a debilitação da justiça penal do seu tempo. Lembra que Liszt considerava sem sentido esperar que os delinquentes habituais melhorassem, pois aos incorrigíveis (*Unverbesserlichen*) destinava a pena de segurança. *A execução desta pena, apesar da relativamente colorida expressão “pena de segurança”, não é concebida por Liszt como um suave e formoso tratamento do delinquente. O conteúdo desta pena é a privação da liberdade extensa, a vigilância estreita, a dura disciplina, a coação ao trabalho e a mais detalhada regulamentação de toda a vida da manhã até a noite*²⁶⁶.

Acrescentava seu fiel discípulo que a ideia de melhoramento na pena tem pouco espaço para Liszt, pois praticamente não tinha esperanças em relação aos delinquentes maiores. *Para o delinquente maior, Liszt não tem nenhuma esperança de educação*²⁶⁷.

Desmentia Georgakis enfaticamente que por Liszt ter sido determinista *tudo se compreende e tudo se perdoa*, pois nunca fez do princípio causal um dogma de desculpa do delinquente. Destacava que precisamente em seu trabalho sobre a imputabilidade, no qual extrai as mais extremas consequências da sua posição determinista para a teoria do delito, opõe-se ferrenhamente à debilitação e à indulgência para o delinquente: *devemos ir adiante na luta contra o delito, com mais força, mais extensamente e mais conscientes do objetivo que até agora [...] devemos enfrentar também o delito individual intimidando, sem nenhuma falsa debilidade, melhorando, precisamente como deve ser*²⁶⁸.

265. Estabelecia distância nisto entre von Liszt e o correcionalismo krausista do século XIX de Roeder.

266. Jannis A. Georgakis, *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*, Lipsia, Weicher, 1940, p. 41.

267. *Ibidem*, p. 42.

268. *Ibidem*.

3. TAMBÉM CONFUNDE A LUTA DE ESCOLAS: BINDING LIBERAL?

Embora a estigmatização nazista de von Liszt como *liberal* ou *socialista* gere confusões, a maior confusão em que se pode incorrer em uma visão superficial das discussões da época é tentar identificar a confrontação *Binding-Liszt* com a que — embora nunca tenha existido — a doutrina italiana construiu entre Carrara e Ferri, apesar de Liszt ter sido um *Ferri matizado* em muitos sentidos.

A princípio, é mais que duvidoso que tenha existido na Alemanha no fim do século XIX e no início do XX uma verdadeira *luta de escolas*²⁶⁹, mas, além disso, Binding, de modo nenhum, era um liberal. Esta tampouco é uma valoração atual do pensamento de Binding, posto que se destacou claramente nos anos analisados.

Basta lembrar que Georg Dahm afirmava com ênfase que Binding estava *vivo* no direito penal fascista²⁷⁰, mas Rauch explicou ainda mais em 1936: fora de que Liszt era determinista e Binding indeterminista, *o conceito de Estado que dominava nos tempos de Binding não era o do Iluminismo nem o do contratualismo, mas sim um conceito de Estado e direito positivo forte, que devia garantir sua autoridade para garantir a paz entre os habitantes, talvez um pouco influenciado pelo romantismo*²⁷¹.

Rauch afirmava que Binding tinha sido um dos primeiros expoentes deste conceito autoritário, de que se afastavam mais Binding e Nagler. *A posição conservadora – autoritária de Binding aparece claramente em seu conceito de norma, que é ponto angular de toda a sua concepção penal: a norma é para Binding uma ordem vinculadora da superioridade, que exige do indivíduo uma obediência incondicional*²⁷². Na dupla cara da norma, o *nullum crimen sine lege*, para Binding era a expressão do limite entre o Estado e o súdito e, embora fosse uma garantia para ambos, não deixava de reconhecer que em primeiro termo a determinava o interesse do Estado. Para Binding, o *nullum crimen* e a pena legal eram uma afirmação da vontade punitiva do Estado perante o delinquente

269. Põe-lo em dúvida Muñoz Conde, *Franz von Liszt (1851-1919)*, cit., também Wolfgang Naucke, *Schulenstreit?*, em Ulfrid Neumann e Felix Herzog (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, p. 559 e ss.

270. Então em *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, op. cit. Aparentemente, já havia sido observado por Hans von Hentig em 1928 (cfr. Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, op. cit., p. 137).

271. Herbert Rauch, *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*. Lipsia, Weicher, 1936, p. 12.

272. *Ibidem*, p. 14.

e de modo nenhum uma *Carta Magna deste*²⁷³. Acreditamos que nunca foram escritas palavras mais claras para apontar a ideologia de Binding.

Esta opinião é compartilhada pela mais recente biógrafa de Binding, que afirma firmemente que este não defendia o princípio de legalidade interpretado como uma garantia ou segurança para o indivíduo, *mas sim como uma auto-obrigação do Estado mediante uma inequívoca regra legal*²⁷⁴. Além disso, Binding não distinguia entre criminalização e ilegalidade, a adesão à teoria do dolo era uma exigência para que o autor fosse um *inimigo da ordem jurídica*, ressaltava fortemente a ideia de *lealdade*, entre outras²⁷⁵. Tudo o que foi dito se fez sem prejuízo do trabalho póstumo de Binding- Hoche, ressuscitado anos depois para legitimar o assassinato em massa de doentes²⁷⁶.

É bastante óbvio que Binding foi um advogado criminalista dos tempos de Bismarck, em que o Estado que construía a unidade alemã devia fortalecer-se e reforçar-se²⁷⁷, razão pela qual o normativismo positivista jurídico de Binding não respondia mais que à autoridade do Estado e sequer era imposto a este pela dialética hegeliana: a norma *mandava*, apenas por emanar da autoridade do Estado.

Surpreende que Dahm e Schaffstein tenham afirmado que a escola de Liszt era *socialista*²⁷⁸, mas este juízo provinha do pensamento conservador autoritário dos seguidores de Binding. Assim, para o *neoclássico* Nagler, o determinismo levava ao bolchevismo: *o Estado de direito pressupõe indivíduos ativos conforme fins, não é sustentado por puros componentes naturais sem qualidade ética. Com a proeminência da ética cai também a mesma valoração jurídica. O ser humano está inserido no processo causal eterno e entregue por completo em mãos de algum poder. Esta degradação do indivíduo é comum a todos os tempos impessoais. O bolchevismo deu uma nova prova a respeito. Quando insere sem olhar o indivíduo em seu sistema de capitalismo de Estado, sem reconhecer a*

273. *Ibidem*, p. 37.

274. Citação a respeito disso na p. 22 de Lehrbuch (Daniela Westphalen, Karl Binding (1841 – 1920). *Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten*, Frankfurt, Peter Lang, 1989, p. 249); o mesmo em Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, cit., p. 39.

275. Klaus Marxen, op. cit., pp. 40-41.

276. Karl Binding e Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Belim, 2006, com a interessante introdução de Wolfgang Naucke, em que nega que isto contradiz o normativismo de Binding, mas em que o atribui à sua separação da norma e da lei (p. XXV). Em castelhano: *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, trad. de Bautista Serigós, com n. introdução, Buenos Aires, Ediar, 2009.

277. Existe um curioso livro escrito em 1931, no qual um general norte-americano compara administrativamente Bismarck com Mussolini: Charles H. Sherrill, *Bismarck e Mussolini, Studio sulla volontà di potenza*, Bolonha, Zanichelli, 1932.

278. Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, *Direito penal liberal ou direito penal autoritário?*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

*sua proteção de uma esfera jurídica individual, chega às últimas consequências práticas da desintegração determinista do ser humano*²⁷⁹.

Todas estas ideias político criminosas cujas raízes provêm de fins do século XIX criaram um *quadro penal antiliberal* que se estendeu aos anos da república de Weimar²⁸⁰, o que é mister considerar para compreender os desenvolvimentos radicalizados deste *antiliberalismo penal* a partir de 1933. Pouco importa que a partir dessa data tenha havido legitimações que partiram para outros rumos ideológicos, porque, no fundo, não puderam superar nunca a base *perigosista* mais ou menos dissimulada sob a cruz gamada²⁸¹, nem tampouco uma obediência absoluta ao Estado e, sobretudo, ao *Führer*.

B. DISPARIDADE TEÓRICA SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

1. REPRESSÃO COMO ORDEM ÚNICA

As diretrizes nacional-socialistas para o novo direito penal alemão não deixavam dúvidas sobre o caráter altamente repressivo deste, mas pouco esclareciam sobre o objetivo do poder punitivo sob o regime, salvo em termos muito gerais: depois de afirmar que o primordial é o dever de lealdade à comunidade popular e que a violação deste dever conduz à perda da honra, declara que a *tarefa do Estado nacional-socialista é impor a devida punição expiatória a todo desleal que por sua infidelidade tenha sido separado da comunidade. A devida punição serve de fiança e de proteção à segurança da comunidade, mas serve também à educação e correção do delinquente e dos partícipes do povo ainda não perdidos*²⁸². Em seguida, acrescenta que *não toda agressão afeta a comunidade do povo com igual gravidade*, e que algumas devem ser deliberadas a um direito penal administrativo que teria de elaborar-se²⁸³. Conclui apelando sempre à justiça material: *no direito penal nacional-socialista, não é plausível nenhum direito ou nenhuma injustiça formal, mas sim unicamente a ideia de justiça material*.

Com estes conceitos bastante vagos, os autores da época não parecem coincidir mais que em um *direito penal de autor* e na repressão de todo o

279. Johannes Nagler, *Anlage, Umwelt und Persönlichkeit des Verbrechers*, Estugarda, 1933, p. 56.

280. Cfr. Thomas Vormbaum, *Einführung*, op. cit., p. 160; idem, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, Pollenza, Eum, 2013.

281. No penoso debate Mezger-Grispigni da RIDPP, de 1941, já citado, fica claro que a Grispigni resultava mais confortável legitimar a legislação nazista com o positivismo criminológico e o *perigosismo*.

282. Princípio nº 6, em Hans Frank (ed.) *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*, t. I., 4ª ed., Berlim, 1935.

283. *Ibidem*, princípio 8.

aparelho punitivo, mas por díspares vias discursivas.

Assim, Kohlrausch — como discípulo de Liszt — não aceitava de bom grado a dupla via, mas sim atribuía à pena fins de educação e segurança desde os anos vinte, a ponto de alguns autores do seu tempo o acusarem de filiar-se à escola de Ferri²⁸⁴. Não obstante, este autor tratava de distanciar-se de Ferri, quando se perguntava *por que o direito penal deve passar da responsabilidade pelo resultado à responsabilidade pela culpabilidade, ou seja, por que não será hoje condenado quem simplesmente mata outro, mas sim quem sabe que matava a outro*.

Afirmava a este respeito que há duas possíveis respostas: a primeira, porque só por agir consciente pode-se esperar que em certos casos volte a agir de modo similar; a segunda, porque demonstrou desobediência às leis da totalidade do povo. Diz que ambas as respostas estão corretas, não isoladamente, mas sim combinadas, porque a primeira levaria ao positivismo sintomático de Ferri e também poderia terminar no bolchevismo, enquanto a segunda acaba no direito penal fascista, por isso, requer que ambas se combinem *na tarefa mais importante e de plena responsabilidade do juiz penal, que é encontrar a pena para o caso particular dentro da margem legal*, que não encontrava resposta alguma nos projetos anteriores ao regime nacional-socialista²⁸⁵.

Em uma linha por completo oposta, que parecia adaptar ao nazismo conceitos *hegelianos*, não faltaram autores que procuraram manter a ideia retributiva, subestimando as *teorias relativas* da pena. Por meio da equiparação do delito e da pena, entenderam a pena como um *contrarius actus* do delito, e afirmaram que a *retribuição justa corresponde ao sentimento do povo alemão e que a história dogmática do conceito de pena ensina que desde o início do desenvolvimento do direito penal alemão até o presente, a ideia de retribuição foi o princípio básico de toda pena positiva e que os chamados fins relativos da pena somente tiveram uma significação secundária junto a esta*²⁸⁶. Essa particular perspectiva da retribuição levava a uma culpabilidade de autor, entendendo que a pena deve adequar-se à intensidade da inimidade ao direito, como traço da personalidade.

Johannes Nagler — considerado um *neoclássico* — sustentava que a pena deveria consistir em uma *expição jurídica* e que as futuras penas deviam ser *fortes e impressionantes*, sem poupar propor trabalhos forçados, castração, pena de morte como questão de oportunidade conforme fins, medidas

284. Holger Karitzky, op. cit., p. 254.

285. Eduard Kohlrausch, *Das kommende Deutsche Strafrecht*, ZStW, 55, 1936, p. 484 e ss.

286. Ulrich Stock, *Die Strafe als Dienst am Volke*, Tübingen, JCB Mohr, 1933, p. 02.

para habituais e também a proteção da raça perante o risco de degeneração, entre outros²⁸⁷.

Georg Dahm, em um escrito tardio, talvez um pouco preocupado com o direito penal de guerra²⁸⁸, com a autonomização das SS e da *Gestapo* e talvez também com o caráter puramente instrumental que Freisler atribuía ao seu *direito penal de vontade*²⁸⁹, questionava novamente o problema da *dupla via*: observava que tal medida cumpre uma função de segurança da comunidade e da pena de expiação, mas não por isso a pena deixa de cumprir funções de segurança e prevenção, só que, nestas medidas, passam a primeiro termo e permitem exceder o quadro retributivo da expiação.

A pena expiatória — escrevia — funda-se na culpabilidade do fato cometido, na condução culpada da vida do autor ou na conformação culpada da personalidade do criminoso. Com a mudança para a luta preventiva contra o delito, como o demonstra a introdução da pena protetiva, necessariamente se debilita a relação entre a justiça e a administração. Quanto mais o juiz se ocupar de tarefas de prevenção do delito, a sua atividade e a sua posição encontrar-se-ão mais perto do funcionário administrativo. Esta constatação permite fundar a ideia de que a administração e a justiça, como funções ambas da potência do direito, juntam-se na cúspide, embora, em sua essência, sejam diferentes.

Adicionava que, *quando o tribunal impõe medidas preventivas, na verdade, é um tribunal de polícia ou administrativo, e só em sentido formal, um órgão da justiça, verificação que não contém nenhuma objeção contra a atividade do tribunal, já que do caráter policial de uma medida não se segue que o juiz não seja idôneo para impô-la.* Acrescenta que é natural que a aplicação da pena de morte como pena de proteção seja decidida pelo juiz, conforme a *natureza das coisas*. Termina manifestando seu temor ante o risco de que a extensão da *pena de proteção* leve a uma absolutização do princípio de adequação ao fim, expressando sua esperança de que se estabelecesse a *correta relação de justiça e adequação a fim*²⁹⁰.

287. Johannes Nagler, *Staatsidee und Strafrecht, Ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, em *Gerichtssaal*, 1933, p. 01 e ss.; *idem*, *Die Grundlagen der Strafrechtserneuerung*, em *Deutsches Recht*, 1934, p. 52 e ss.

288. A morte de Dahm, tratou-se de salvar até onde foi possível seu discurso. Em nota necrológica, lembra-se este artigo em sua defesa, como também a sua objeção a uma sentença do RG em que se estabelecia que, para a aplicação da pena de morte, devia considerar-se se o acusado estava em condições de trabalhar para ser de alguma utilidade à comunidade, o que Dahm criticou como *lesivo à dignidade do direito e do humano* (assim, Horst Schröder, Georg Dahm als Strafrechtler, em Georg Dahm Redem zu seinem Gedächtnis, Kiel, Ferdinand Hirt, 1964, p. 10 e ss.).

289. Ver *infra*, IV, C, 1.

290. Georg Dahm, *Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit im Strafrecht der Gegenwart*, em *Probleme der Rechtserneuerung*, Berlim, 1944, p. 01 e ss.

2. A SUBJETIVAÇÃO EM GLEISPACH

Foram vários os autores da época que ensaiaram posições não bem definidas, como também outras que procuravam combinar discursos díspares. Entre eles, Gleispach estava entre o direito penal de vontade de Freisler e a concepção do *delito como violação do dever* da escola de Kiel (Dahm e Schaffstein), dando a sensação de que tentava combinar ambas as posições.

Afirmava que, embora o direito penal se oriente para a má vontade do sujeito, isso não significava eliminar tudo o que fosse objetivo nem querer substituir os tipos de resultado por tipos de perigo, mas a ideia correta era a equiparação da tentativa à consumação, como postulava Freisler.

Não obstante, embora admitisse que o direito penal de vontade assinalava um caminho de construção do futuro direito penal, considerava que não era o único. *De maior importância é a ideia de que o delito não deve considerar-se (pelo menos não principalmente) como uma lesão ou um perigo do “bem jurídico” por parte de um indivíduo, em que o mesmo bem jurídico está quase sempre subordinado a um indivíduo, mas sim como a lesão a um dever imposto pela comunidade jurídica a um dos seus membros. Sendo o delito uma forma de colocar em perigo o bem-estar e a integridade da comunidade, a pena terá de ter como tarefa a proteção e a estabilização da comunidade. O cumprimento do dever é um mandato de lealdade ao povo e a lesão ao dever — mesmo quando com frequência for uma lesão leve — nos casos mais graves constituirá uma traição ao povo, uma apostasia e ao mesmo tempo uma autoexclusão da comunidade do povo. Os casos de injustiças menores são excluídos desta consequência, mas o sistema penal vinculado aos tipos penais será utilizado para que, nos casos mais graves de traição ao povo, realize-se penalmente a depuração do traidor*²⁹¹.

Insistia na substituição *schmittiana* do *nullum crimen sine lege* pelo *nullum crimen sine pena*. Em relação ao § 2 do StGB reformado, precisava que o juiz tinha direito a criar, mas não a inventar, pois, como devia ir à fonte originária do direito, ficava *vinculado à ideia daquilo que o tipo não expressou completamente*. Neste sentido, afirmava que a quem segue perigosamente os tipos penais deve ser reafirmada a consciência do injusto com o poder punitivo. Em outro sentido, afirmava que a analogia habilitada pelo § 2 teria inclusive importância legislativa, pois, no futuro, não haveria necessidade de

291. Wenzel von Gleispach, *Willensstrafrecht*, em Alexander Elster e Heinrich Lingemann (eds.), “Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften”. Berlim, Walter de Gruyter, 1936.

fixar estritamente os limites dos tipos penais.

Quanto à tentativa, Gleispach não a concebia como uma extensão dos tipos, porque a imposição penal mesma se dirige à má vontade, sem que a consumação tenha relevância. Todos serão tipos de empreendimento (*Unternehmen*), aspecto no qual segue Freisler. Embora postulasse uma teoria extensiva de autor, não por isso considerava todos no mesmo nível de responsabilidade, o que combinava com a tese da acessibilidade limitada e admitia atenuações facultativas.

3. ENTRE BINDING E NICOLAI

Entre as curiosas e insólitas combinações dos autores daqueles anos, destaca-se a de Karl Siegert, jurista muito vinculado ao partido, que considerava que a insistência de von Liszt na prevenção especial tinha assustado os conservadores, por isso a *escola conservadora neoclássica*, na qual situa os seguidores de Binding — aponta Nagler, entre outros —, próximos pelo seu autoritarismo ao fascismo, ter-se-ia identificado com os objetivos do direito penal nazista.

Siegert assinalava a existência de outra corrente, que seria a de Nicolai, que desenvolve um direito penal de autor construído sobre o pensamento racial, como consequência do qual exclui a prevenção especial como tarefa do novo direito penal.

Considerava que ambas as correntes são parciais e que o direito penal nacional-socialista, em especial na versão do *memorando prussiano*, evita estas parcialidades. Para isso, sustentava que a justiça deve valorar-se do ponto de vista da generalidade, não sob a perspectiva cotidiana, mas sim atentando para os fins mais altos do povo, para voltar a colocar o direito e a ética sob um denominador comum²⁹².

Legitimava a pena *porque o povo e sua ordem vital pedem ordem. Devemos realizar esta proteção até com o sacrifício da vida do indivíduo, porque a preservação do povo tem prioridade absoluta sobre os interesses do indivíduo. Penamos o infrator porque antepôs seus interesses aos do povo*²⁹³. Quanto aos fins da pena (que distinguia da sua justificativa, embora logo os mesclasse), lembrava que Nagler lhe atribuía a função de compensação do mal produzido pelo delito, o que lhe parecia pouco *populista* (pouco *völkisch*), e se inclinava pelo fundamento de

292. Cita como precursor desta época social Julius Binder, *Philosophie des Rechts*, Berlim, 1925, p. 286, em que parece introduzir algum elemento hegeliano distorcido.

293. Karl Siegert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, op. cit.

Nicolai, embora também o criticasse por ser *muito biólogo*, sem integrar suficientemente o aspecto ético das questões do povo e da raça, por isso, preferia uma combinação, alinhando-se à posição de Mezger: *devemos comprovar como a pena pode incidir da melhor maneira sobre o povo em sua totalidade, sobre os membros do povo e sobre o infrator individual Chegamos assim — diz — a três fins da pena: ao objetivo de integração, ao de prevenção geral e ao de prevenção especial. Estes são simultaneamente os fins do direito penal*.

De forma pouco coerente, admitia a prevenção geral ou dissuasão como importante para o penalismo nazista, reivindicando a pena de Feuerbach (que por morto estava indefeso), mas lhe outorgando uma função *simbólica integradora*. Como prevenção especial, admitia só a *negativa*, destacando as leis nazistas sobre medidas de segurança, intervenções curativas, castração, entre outras, todas como meios de limpeza racial. Desqualificava a educação, porque afirmava que é quase impossível educar um adulto e que, além disso, *não se trata de educá-lo para um comportamento neutro, que seria aquilo que poderia se obter, mas sim para ser um responsável e limpo partícipe do povo*.

Atribuía natureza penal às medidas de segurança, entre outras razões porque *a reação ante uma injustiça típica é tarefa do direito penal*.

Acrescentava que *o fim da pena não está nas unilaterais retribuições em interesse do lesado, na dissuasão nem na influência que possa ter sobre o delinquente em particular. Em verdade, irradia seu efeito em todas as direções, sobre a comunidade do povo, sobre os membros da comunidade e sobre o delinquente em específico*²⁹⁴.

Considerava que a máxima *fonte do direito é o espírito do povo*, mas não do povo atual e vivente, que pode estar mal inclinado pelo *espírito do tempo* (como certamente acreditaria que havia estado em tempos de Weimar), mas sim de uma incompreensível entelêquia, que definia como *a consciência jurídica historicamente sucedida e operativa no futuro do povo*, com citação de Freisler.

Para completar a confusão, Siegert, invocando Nicolai, afirmava que nem o legislador nem o juiz criam o direito, mas somente o recolhem, *como recolhemos a água de um poço*. Embora, acrescentava, *como o direito nacional-socialista se baseia em uma combinação de espírito do povo e condução*, o indivíduo não deve fazer *uma ponderação entre o espírito do povo e as instruções da condução, mas sim deve seguir as leis da condução, interpretando-as*

294. *Ibidem*, p. 15.

no espírito da condução e do povo²⁹⁵, quer dizer, fazer sempre aquilo que o *Führer* mandava.

4. A PROTEÇÃO CONTRA OS DEGENERADOS: NICOLAI

Embora Nicolai — sujeito, aliás, perigoso e desequilibrado — tenha entrado em disputa com Hans Frank e, aos poucos, este tenha conseguido tirá-lo do meio com uma acusação de *homossexualidade*, na realidade, a coerência interna do seu delírio não só o fez famoso no tempo da sua publicação, mas inclusive, sem citá-lo, continuou sendo lido depois da sua defenestração política.

A parte penal da sua construção guarda perfeita harmonia com toda a sua desopilante construção geral do direito. Considerava o livre-arbítrio como uma teoria de origem judaica e a outra face da livre arbitrariedade do legislador. Assim, entendia que, caso se aceitasse o livre-arbítrio, também o legislador poderia fazer aquilo que quisesse, salvo se elaborasse um direito penal ético sobre a base teocrática, pois faltando este fundamento de fé ao direito penal, cai também seu fundamento ético e, por conseguinte, a reclamação estatal de pena é uma pura ação arbitrária do poder dominante, que leva a situações anárquicas²⁹⁶. Inversamente, com o determinismo, considera-se o indivíduo dentro do conjunto de causas e efeitos, de modo que o fato penal resulta determinado por causas externas defeituosas, por isso, o indivíduo não seria culpado, mas sim somente a vítima inculpável e digna de comiserção do meio ambiente, da ordem jurídica, do Estado, do povo, e a pena seria um ilícito que se impõe ao criminoso. Por conseguinte, *a esta criança, que não é nenhum anjo, deveria ser melhor educá-la, dar outras possibilidades de desenvolvimento, outras relações de vida*.

Conclui que esta é a *teoria marxista do judaísmo democrático*. Não deve subestimar-se — acrescenta — *que a nossa imprensa de esquerda fique do lado do criminoso e que não compreenda o pensamento nacional-socialista*. Se for levado a suas últimas consequências, isto conduz a privar de toda justificativa a imposição de uma pena, privando de qualquer proteção à totalidade ante o quebrantamento do direito.

Para evitar a alternativa anterior, optava por uma posição determinista diferente: estas causas não só devem ser procuradas no meio ambiente, mas também, principalmente, no mesmo homem. Os lastros herdados não podem

295. *Ibidem*, p. 19.

296. Helmut Nicolai, *Die rassengesessliche Rechtslehre*, cit., p. 42.

ignorar-se, mas sim tomar-se como ponto de partida em seu completo significado e gravidade. Embora haja homens altamente éticos, também há aqueles com uma *moral insanity*, como adoecimento ou degeneração do sentimento ético.

Afirmava que, embora o criminoso não tivesse nada a ver com o feito que comete, não por isso seria inculpável, porque é portador das características que o levaram ao feito. Ninguém se pode meter na alma de outro, mas pode-se verificar que certo ato punível testemunha uma disposição interna não social, que demonstra que seu portador é inútil para viver na sociedade humana, para ser partícipe do povo.

Este era, para Nicolai, o fundamento do direito penal segundo a lei vital (*lebensgesessliche*): o Estado pena para proteger a sociedade daqueles que, mediante um fato punível, demonstraram ser inúteis como membros valiosos da sociedade. *O objetivo do direito penal, como o do direito em geral é a proteção do povo perante as degenerações inimigas da vida, juridicamente daninhas, presentes em sua carga adoecida*²⁹⁷. Isto é o que fazia o direito germânico ao expulsá-lo da comunidade, depurava-se e impedia a reprodução, para manter limpa e livre das pessoas com traços criminais a massa hereditária de que descende o povo. Por isso — afirmava — *ainda hoje notamos os efeitos desta erradicação secular das taras de inutilidade vital: a criminalidade demonstra ser menor quanto mais nórdica e germânica for uma população*.

No que concerne ao que se expôs: *partícipe do povo* só podia ser quem não tivesse alterada sua consciência jurídica, fonte de todo o direito. Quem apresentasse algo que o tivesse levado a um crime deveria ser separado da comunidade, para que isto não se reproduzisse, já que, do contrário, ocorreriam futuros quebrantamentos análogos do direito. Portanto, quando a desonra fosse evidente, como, por exemplo, nos delitos cometidos por cobiça ou avidez ou por criminosos habituais, a pena de morte deveria ser imposta, de relego perpétuo e, principalmente, de esterilizações eugênicas.

Esclarecia que o anterior não seria válido para delitos que não proviessem de uma disposição interna desonrosa, como um homicídio culposo em um infeliz acidente, uma violação à proibição de bater tapetes a certas horas ou uma infração por barulhos incômodos. De qualquer maneira, também considerava necessária uma punição nestes casos, com a finalidade de dissuadir, porque aquilo que o povo demanda é a ameaça de um prejuízo, para que as causas que determinam a ação humana se detenham ante o temor deste.

297. *Ibidem*, p. 43.

Afirmava que, em geral, um direito penal é útil na medida em que age para a erradicação dos criminosos desonrados. Descarta como falsa e *eticamente suspeita* a ideia de que um direito penal *humano* demonstra maior nível cultural, porque revela que quem sentencia está mais inclinado para o lado do criminoso que da vítima e que, por conseguinte, deixa em segundo plano o bem-estar do povo e a proteção da ideia do direito. *No Estado que representa a comunidade do povo, o juiz não só tem o direito, mas o dever de proteger a generalidade, pois, do contrário, o direito naufraga e o povo se desintegra*²⁹⁸.

Na verdade, aquilo que surpreende em Nicolai não é nenhuma originalidade ideológica, mas sim a incrível coerência do delírio, porque, no plano das ideias, Nicolai não contribuiu com nada original, seu direito penal é totalmente *perigosista* na mais pura versão biologista: tem razão de que a consideração dos fatores externos na criminologia tinha origem marxista, pois, no início do século XX, foi Bongers quem os ressaltou dentro desta corrente ideológica²⁹⁹, mas tampouco inventa nada, porque, no extremo oposto, negando o externo e destacando o individual, tinha sido muito claro o pensamento de Garofalo³⁰⁰.

A única diferença — evidentemente — reside em que Garofalo pensava na linha de Spencer, enquanto Nicolai o fazia na de Gobineau e Chamberlain, mas ambos convergiam na eliminação dos *degenerados*, e ambos o faziam para *depurar* a raça: Garofalo para que a *evolução* não fosse impedida e Nicolai para que a *involução* não acontecesse. Quanto mais depurada estivesse uma sociedade, menos criminosos haveria: para Garofalo havia *povos degenerados* e um organismo social em cujas camadas europeias mais nobres teriam se aperfeiçoado raramente os sentimentos de piedade e probidade; para Nicolai havia uma sociedade com uma *raça nórdica* melhor conservada, em que era preciso reconstruir o organismo social que o liberalismo e o socialismo de Weimar tinham debilitado.

5. E A CRIMINOLOGIA?

A criminologia alemã — assim como quase toda a europeia — tinha uma clara origem biologista, conforme o modelo etiológico dessa vertente, de modo que não poderia negar-se a sua tendência racista. Não obstante,

298. *Ibidem*, p. 44.

299. William A. Bongers, *Criminality and Economic Conditions*, Nova Iorque, 1916.

300. Raffaele Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Turim, Fratelli, Bocca, 1891.

quando, em 1907, conheceu-se a lei de esterilização sancionada nos Estados Unidos (pelo Estado de Indiana) e publicou-se um artigo elogioso na revista de von Liszt (ZStW), houve uma reação extremamente negativa, que obrigou o próprio Liszt a esclarecer que só tratava-se da opinião pessoal do autor³⁰¹.

Quando nos anos de que nos ocupamos o regime nazista projetou a esterilização, as opiniões de Franz Exner e do próprio Johannes Lange (que tinha investigado a questão dos gêmeos), de Hans Gruhle, de Friedrich Stumpf, em geral, expressaram que as investigações sobre a herança criminal não eram conclusivas. Em consequência, não incentivaram a esterilização de delinquentes, medida que inclusive nesses anos teve grandes resistências.

Pode dizer-se que o biologismo criminológico alemão não era radical, já que, em geral, embora sustentasse a existência de fatores biológicos, afirmava que estes não podiam distinguir-se dos ambientais, questão sobre a qual não havia mudado muito em relação aos tempos de Weimar. Aschaffenburg teve de deixar a revista que havia fundado e comandado durante várias décadas, mas por ser judeu e não por suas ideias criminológicas, pois a princípio tratou de acomodar seus escritos ao novo regime. O caso de outro criminologista famoso, Hans von Hentig, foi diferente, pois assumiu uma posição de crítica política aberta.

Não obstante, este rechaço a respeito da esterilização de delinquentes não significa que os criminologistas tivessem deixado de ser racistas. Franz Exner, em virtude da sua viagem aos Estados Unidos, afirmava: não me resta dúvida alguma de que aqui opera, decididamente, um momento racial bio-hereditário que é característico da população americana (em referência ao sequestro e à criminalidade mafiosa praticada por deslocados europeus)³⁰².

Wetzell sustenta que investigações históricas recentes afirmam que, durante o nazismo, a criminologia alemã seguiu seu caminho proveniente de Weimar — e inclusive de antes — sem *nazificar-se* por completo. Esta percepção é correta se forem levados em conta os criminologistas — quase todos médicos — que seguiram a tradição anterior, que contradizia, em certa medida, seu radical racismo, por isso, os advogados criminalistas — em especial os de Kiel — rechaçavam a criminologia, em especial, porque consideravam que a insistência na *explicação* tinha levado à debilitação

301. Cfr. Richard F. Wetzell, *Inventing the criminal. A history of German Criminology 1880-1945*, University of North Carolina Press, 2000, p. 163.

302. Franz Exner, *Kriminalistischer Bericht über eine Reise nach Amerika*, em ZStW, 1934, p. 354. Lembremos, por outra parte, que Exner projetou, junto com Mezger, em 1944, uma lei para internar em campos de concentração os *estranhos à comunidade* (ver *infra*, V, A, 5).

(*Verweiblichung*) da justiça nos tempos de Weimar.

Embora seja verdade que, apesar deste rechaço jurídico penal à criminologia, os velhos criminologistas tenham continuado bastante ativos, cabe observar que, para concluir como Wetzell — quem talvez tivesse razão —, é mister desqualificar ou excluir do âmbito criminológico alguns médicos que o próprio Wetzell cita, como Robert Ritter (ideólogo da perseguição a ciganos), Heinrich Wilhelm Kranz (diretor do *Institut für Erbgesundheit und Rassenpflege* de Gießen, que se suicidou em maio de 1945 e que era seguidor do professor de Mengele, Otmar von Verschuer), Siegfried Koller (que junto com o anterior publicou um volumoso trabalho sobre os *incapazes comunitários*)³⁰³, Theodor Viernstein (com as suas investigações bio-criminais em presídios e sua indefinida seleção de incorrigíveis), Arthur Gütt e Ernst Rüdin (responsáveis pelas leis de esterilização forçada) e outros. Tampouco esqueçamos que Antonio Vallejo Nágera, o máximo expoente da psiquiatria franquista espanhola, que como chefe médico dos campos de concentração do exército inventou síndromes de marxismo e republicanismo, estava formado na Alemanha na corrente biotipológica de Kretschmer³⁰⁴.

A circunstância de que alguns criminologistas tenham sido mais prudentes e outros mais *nazificados*, não significa que não tenha havido uma criminologia nazista, porque o regime pretendeu *alemanizar* todas as ciências, inclusive as mais duras, como a física³⁰⁵. De alguma maneira, se ampliarmos o espectro abrangendo todos os que faziam *eugenia*, cujos limites com a criminologia eram bastante indefinidos porque estavam sob o guarda-chuva do paradigma racista, não podemos afirmar o mesmo que Wetzell. De qualquer forma, a criminologia alemã desse tempo era por completo etiológica, estava preferencialmente em mãos de médicos, limitada epistemologicamente pelo direito penal neokantiano e era rechaçada pelos advogados criminalistas de Kiel.

C. O DIREITO PENAL DE VONTADE: APROXIMAÇÃO A UMA COERÊNCIA POLÍTICO CRIMINOSA PERVERSA

1. A APROXIMAÇÃO AO MÍNIMO DE COERÊNCIA

Como vimos, as teorizações político-criminosos da época quase

303. Die “Gemeinschaftsunfähigen” — Ein Beitrag zur wissenschaftlichen und praktischen Lösung des sogenannten “Asozialenproblems”, Gießen, 1939-1941.

304. Fernando Navarro Cardoso, *Vallejo Nágera*, as crianças perdidas do franquismo e os crimes contra a humanidade, em AAVV. O direito penal da pós-guerra. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016 p. 339 e ss.

305. V. *supra*, I, A, 5.

unicamente pareciam coincidir em dois objetivos: a necessidade de ampliar o poder punitivo do Estado e a obediência ao *Führer*, mas inclusive os discursos legitimadores destes objetivos eram díspares, às vezes contraditórios e outras vezes muito vacilantes. Tudo indica que se tomaram elementos discursivos das anteriores legitimações e os emendavam — às vezes apressadamente — ao serviço da legitimação destes dois objetivos.

Acabamos de dar uma rápida revisada em algumas destas elaborações *corretivas* de teorias precedentes: os restos do normativismo autoritário de Binding próximos do fascismo, atribuídos a Nagler; o retribucionismo de Stock; a reivindicação de von Liszt em versão de cruz gamada realizada pelo seu discípulo Georgakis; o preventivismo especial de outro dos seus discípulos, Kohlrausch; a confusa subjetivação de Gleispach mesclada com as teses de Dahm; o temor pela administrativização total do direito penal do próprio Dahm; a combinação incoerente a Siegert; o delírio penal racista extremo de Nicolai. Isto é suficiente para demonstrar que poderíamos seguir perambulando por este emaranhado contraditório de discursos de raízes díspares e que só coincidiam nos dois objetivos que legitimavam.

Sem dúvida que algumas das teorias *emendadas* pelo nazismo se prestavam de antemão a essa manipulação, mas fica a dúvida a respeito de outras, ou seja, se já antes da exigência político penal nazista, mostravam germes ou falhas pelas quais a legitimação de um descontrolo total do exercício do poder punitivo pudesse se filtrar. Embora não elucidemos isto aqui, digamos que acreditamos que toda legitimação do exercício do poder punitivo — cada uma das chamadas *teorias da pena* — encerra este risco. Por isso, há anos acreditamos que o direito penal se legitima como projetista do poder jurídico de contenção do poder punitivo e não como legitimador deste³⁰⁶. Isto não significa que não existam mais facilmente *arrumáveis* que outras para convertê-las em legitimadoras de um poder punitivo descontrolado e genocida.

Não obstante, há uma construção teórica nazista que, do ponto de vista político criminoso, aproxima-se mais que as restantes a certo mínimo grau de perversa coerência e até de alguma originalidade; trata-se do chamado *direito penal de vontade*, o famoso *Willensstrafrecht*.

Chama a atenção que seu mais claro expositor tenha sido o assassino Freisler, um autor de muito pouco valor científico. Foi dito — acreditamos

306. Ultimamente, em nosso *Direito penal humano. A doutrina dos juristas e o poder no século XXI*, cit.

que com bastante razão — que seu relativo grau de coerência obedece a que a sua construção encaixa na concepção político-jurídica de Carl Schmitt³⁰⁷.

Foram vários os trabalhos em que Freisler desenvolveu seus pontos de vista³⁰⁸. Em 1933, já havia expressado com clareza a total dependência do direito penal da ética, ou seja, a quebra completa da distinção iluminista: *O direito penal vigente em um Estado é em grande medida a expressão da essência do estado mesmo, já que neste o Estado assinala tudo o que considera digno de proteção e declara com que dureza deve reagir contra as agressões que àquilo que reconhece como bens éticos, espirituais e materiais do povo. Em consequência, pode considerar-se o direito penal como a imagem espelhada da posição anímica do povo. Isto é válido em grande medida para o atual direito penal alemão*³⁰⁹.

Não obstante, a verdade é que sua exposição mais completa do *direito penal de vontade* ele a escreveu no relatório sobre o trabalho da comissão oficial de direito penal que elaborou o frustrado projeto de código penal, na área do ministério de justiça, editado pelo ministro Gürtner em 1935³¹⁰. Talvez as discussões nessa comissão, dado o maior nível teórico dos outros componentes, tenham contribuído também à melhor clareza expositiva de Freisler.

2. A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E DA PENA

Freisler começava perguntando-se se o direito penal quer limitar-se a reagir diante de resultados danosos ou se o que *o povo quer é criar com seu direito penal e sua aplicação um aparelho de contínua operação de autolimpeza do seu próprio corpo*. Se quiser o segundo, deve combater — como direito de luta — o *perturbador da paz, que torne tendência o não social, anárquico, injusto, uma disposição a realizá-lo em sua vida como princípio, degenerando a si mesmo como um perturbador da paz*. Assim, concluía que o direito penal *deve ser um aparelho de contínua operação de autolimpeza do corpo popular, cuja meta não é só a de combater o oponente, mas sim a de aniquilá-lo, já que toda luta se dirige à vitória e não se satisfaz por si mesmo*.

307. Cfr. Mario A. Cattaneo, *Carl Schmitt e Roland Freisler: a doutrina penal do nacional-socialismo*. Disponível em: <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/8.pdf>.

308. Assim, entre outros: *Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers?* em *Deutsches Strafrecht*, 1935; *Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluss auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozess und Strafvollzug*, em *Deutsche Justiz*, 1935; *Der Rechtswahrer im Kampfe des Vierjahresplanes*, em *Deutsche Justiz*, 1936.

309. Roland Freisler, em Hanns Kerrl, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preussischen Justizministers*, Berlim, Decker, 1933.

310. *Idem*, *Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung*, em Franz Gürtner (ed.), *Das kommende Strafrecht Allgemeiner Teil Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, 2ª ed., Berlim, 1935, p. 11 e ss.

Em consequência, não podia limitar-se a excluir quem efetivamente tivesse perturbado a paz, mas sim a excluir o tipo mesmo do perturbador da paz, ou seja, *todo aquele que apresente a característica de portador do princípio não social, anárquico*.

Fica claro, pois, que, para Freisler, era função do direito penal o aniquilamento de todo inimigo, ou seja, de todo portador do princípio anárquico, que pretendesse configurar à sociedade de modo diferente ao configurado pelo sistema que se impunha, chamado *comunidade do povo*.

É obvio que este inimigo devia ser portador de uma *vontade*, pois — conforme explicava — o nacional-socialismo concebia o mundo como dinamismo da vontade, tanto para o bem como para o mal, para o justo como para o injusto, para o socialismo como para a anarquia. *Algo carente de vontade pode ser um obstáculo, que, se incomoda, deve ser afastado do caminho, mas amigo ou inimigo só pode sê-lo uma vontade*. Portanto, *a vontade do perturbador da paz é a inimizade, tanto proveniente de quem a tenha efetivado concretamente como, em geral, de quem no seio do povo for portador do princípio antissocialista, e o direito penal deve olhar para ela, procurando aniquilá-la mediante a sua luta*.

Porém, se não se quer limitar a configuração do direito penal a somente a manipulação unilateral de um objetivo prático jurídico e, por conseguinte, ignorar os valores e as forças irracionais existentes no povo, não será possível ignorar que o direito penal tem também outro sentido, que é o da expiação.

Afirmava Freisler que, *segundo a concepção alemã, através das suas feridas abertas, que sangram, o homem clama vingança, cuja íntima justificativa está nos gritos que pedem expiação, a expiação que exige a culpabilidade do Édipo, dos Nibelungos e de qualquer culpabilidade*. Para nós, alemães, este chamado é tão velho como o nosso povo, pois não se trata de um vício antigo, mas sim de uma força vivente, que seguirá ecoando no futuro, enquanto existir um povo alemão. *Culpabilidade e expiação estão para nós intimamente vinculadas e reciprocamente condicionadas*.

É interessante observar que esta afirmação terminante e clara do sentido *vingador* da pena, que sempre se tratou de negar ou de ocultar sob outros objetivos *racionais*, Freisler formula com toda clareza. A tradicional objeção do penalismo, que pretende superar a *vingança* por considerá-la *irracional*, despreza-a com uma aberta confissão de *irracionalismo* dificilmente expressa por outro com semelhante clareza e sinceridade: *isto não se pode fundamentar conforme o entendimento nem tampouco é necessário fazê-lo filosoficamente*,

porque a exigência de expiação é vital em nós. E com isso basta!

É curioso, mas talvez do lado menos *científico* dos advogados criminalistas nazistas tenha saído, com isto, um autêntico traço de brutal sinceridade e — também — de insólita originalidade.

Como Freisler não estabelecia um vínculo entre o fato ou seu resultado e a expiação, mas sim entre a culpabilidade e a expiação, derivava que, para o sentimento ético, não seria solução estabelecer a relação só quando se completasse a consumação. Quando a culpabilidade se atribui à vontade (salvo nos casos de negligência), também a exigência jurídica de expiação exigiria o direito penal de vontade.

As normas jurídicas proibitivas devem abranger tudo aquilo que represente uma forma de disposição à subestimação ou ao desprezo das máximas proibições do Estado, do que deriva que o direito penal — embora em um plano menor — deva ser um reflexo da ordem ética. A partir disso, o direito penal é a *imagem espelhada negativa da ordem ética popular* e, por conseguinte, deve dirigir-se também à vontade, operar sobre esta, fixar seu olhar nela por completo, como condição para brindar ao *são núcleo popular* a segurança de que a condução popular do Estado vigia a conservação da ordem ética.

Portanto, cada um dos três objetivos do direito penal (o aniquilamento das forças perturbadoras da paz, a expiação do injusto culpado e o pilar psíquico da disposição à luta do núcleo popular são) brinda o sustento para que o direito penal seja o instrumento de luta contra a vontade perturbadora, por isso, neste sentido, tem de ser construído como direito penal da vontade. Em consequência, deve ser penada a vontade do autor e não o fato.

Freisler rechaça a crítica ao *Willensstrafrecht*, que considera uma ampliação inadmissível do punível, afirmando que, a este respeito, costuma-se confundi-lo com o direito penal de disposição interna (*Gesinnung*), para o qual a exteriorização da vontade só constitui uma prova necessária da disposição interna que subjaz à decisão de vontade, e que só quer penar a vontade ou a disposição interna. Afirma que, na realidade, o direito penal do futuro se mantém conscientemente longe dessas ideias, embora — na verdade — esta diferença não fique clara.

Ao mesmo tempo, rechaça a idolatria do poder punitivo, pois reconhece que *este contínuo processo de limpeza não pode ser obra exclusiva do direito penal de vontade. A educação nacional-socialista e o trabalho social serão os que*

eliminarão a base de alimentação da vontade antissocialista, o que será ajudado por um direito penal de vontade e não um de fato.

Sintetiza sua tese afirmando que, *no direito penal, deve ficar clara a confrontação entre a energia socialista corporizada no Estado nacional-socialista e a energia antissocialista, corporizada nos portadores da disposição ao fato maligno, injusto, antissocialista, anárquico. Um Estado que confia na força para extirpar da raiz o mal — a ameaça permanente à paz popular — deve reconhecer esta confrontação e lhe dar expressão com seu direito penal, configurando-o como direito penal de vontade.*

3. DIREITO PENAL DE VONTADE E TENTATIVA

O resto do trabalho de Freisler está praticamente dedicado à tentativa; sustenta que é indiferente ao efeito típico a distinção entre tentativa e consumação: *no futuro a diferença entre a tentativa e a consumação perderia importância e seria substituída pela distinção entre a preparação e a consumação do fato.* Retira importância como questão de técnica legislativa à forma pela qual se elaborarão os tipos futuros (se na forma de fatos consumados e uma fórmula geral ou como *empreendimentos*) (*Unternehmen*). Não estende arbitrariamente a punição aos atos preparatórios em geral e sua posição ante a tentativa não idônea não é mais repressiva que a sustentada hoje por alguma parte da doutrina.

Não deixa de fazer a crítica contra a interpretação própria do direito de culpabilidade anterior ao nazismo: *em relação às causas de desculpa que o autor pudesse alegar, o direito penal do futuro deverá posicionar-se, impedindo que a maior liberdade de valoração que se garante ao juiz dê lugar a esse direito penal de autor, que, no último tempo de decadência, foi tão sonoramente divulgado, e que, na prática, mantém-se ativo até o presente no fundo do direito penal; esse direito penal que sempre e por toda parte se esforçou por compreender o autor como vítima da disposição e do meio, que, com muita superficialidade, cai no erro do “tudo se compreende e tudo se desculpa”; esse direito penal que, na legislação, na jurisprudência e na execução, com muita frequência esqueceu e fez esquecer aquilo que deve ser um direito penal. Esse direito penal de autor — estabelecido de forma puramente individualista — seria o contrário do direito penal de vontade que deve introduzir a lei penal do futuro.*

Não oferecem problema os delitos qualificados pelo resultado, porque o direito penal de vontade não exige que tudo se configure conforme seu modelo e, por conseguinte, quando um resultado muito grave exija maior

expição, considera que o legislador é livre de prevê-lo. Tampouco postula um caos legislativo com profusão dos tipos de perigo, pois, embora a punição se dirija à vontade, esta deve estar sempre dirigida à realização de um tipo penal.

Freisler concebia seu *direito penal de vontade* como orientador das decisões adequadas a fins, segundo critérios táticos, subestimando as questões meramente lógicas, pois, *nas questões de adequação a fins, a execução logicamente consequente até suas mais extremas derivações pode conduzir a um resultado inadequado ao objetivo. Em matéria de questões táticas, não se trata da derivação de consequências abstratamente necessárias, pois a verdade vital do nacional-socialismo não admite a recriminação da inconsequência lógica, mas sim, para este, só pode ter peso a recriminação de inadequação ao fim.*

Este caráter *instrumental* que atribui ao direito penal o levava a subestimar a racionalidade da construção, o que pode entender-se como uma introdução da arbitrariedade política e do pragmatismo punitivo mais absolutos. Parece esquecer que inclusive a adequação a fins requer certa lógica interna no sistema, o que de modo nenhum significa que a não contradição ou a completude lógica da construção esgote o seu conteúdo, porque seria contrário à *natureza das coisas*. Dito no contexto daqueles anos e em defesa do *Willensstrafrecht*, parece bastante perigoso, para não dizer aterrorizante, porque parece indicar que se deve deixar a razão de lado quando o exigir um conjuntural objetivo do poder. Isto parece que, entre os mesmos advogados criminalistas nazistas, preocupava, no mínimo, Dahm.

Capítulo V

O NAZISMO E A TRADIÇÃO NEOKANTIANA

A. A PAX DOGMÁTICA COMO CIÊNCIA DURA?

1. A DOGMÁTICA PENAL ALEMÃ CHEGA A NÓS

Quando aparentemente a *luta de escolas* italiana transferida para a América Latina terminou, falou-se com otimismo da *pax dogmática*, em particular, quando nosso saber jurídico-penal fixou os olhos na dogmática alemã e a importou. Na verdade — e como é habitual —, este juízo obedece a uma sensação que era produto do *campanário aldeão* do direito penal, mas que perdia de vista o marco de poder mundial e, desse modo, acreditava com ingenuidade que a dinâmica do nosso saber em *própria* e alheia ao mundo.

Na realidade, a famosa *luta de escolas* nunca foi tal, porque a chamada *escola clássica* foi a invenção mais duradoura de Enrico Ferri, dado que nunca existiu uma *escola* fundada por Beccaria e finalmente comandada por Francesco Carrara, com a qual se identificaram os jusnaturalistas católicos, liberais contratualistas, hegelianos, correcionalistas krausistas, entre outros, quer dizer, pouco menos que uma assembleia legislativa multipartidária.

Esta versão ferriana — aceita em nossa região sem discussão — foi, na realidade, uma confrontação ideológica que teve diversas versões *nacionais* e que, como toda disputa ideológica relevante, respondia a uma confrontação política em escala de poder mundial. Discutia-se na *aldeia penal*, mas sem ser percebida por parte dos *aldeões advogados criminalistas* que protagonizavam só a contraposição ideológica entre o racismo evolucionista do reducionismo biológico de Spencer (próprio do neocolonialismo e *livre mercado* do imperialismo anglo-saxão) com os sobreviventes impulsos liberadores dos discursos de ascensão da burguesia europeia do século XVIII (Ilustração e liberalismo contratualista).

O biologismo racista entrou em crise quando sua versão *involutiva* (Gobineau e Chamberlain), adotada pelo imperialismo alemão desde a Primeira Guerra Mundial, explodiu letalmente com o nazismo e finalmente acabou,

arrastando, em sua queda, todos os discursos racistas *muito manifestos* (suas expressões latentes e dissimuladas perduram até o presente).

Na América Latina, desde o século XIX, o biologismo racista *evolutivo*, em virtude do neocolonialismo anglo-saxão, dominava nas nossas academias (com muito honrosas exceções) e, principalmente, no discurso penal e criminológico, em plena coincidência com o discurso político das minorias latifundiárias que depois das guerras fratricidas tinham montado as diferentes *repúblicas oligárquicas* (*patriciado* peruano, *porfiriato* mexicano, *república velha* brasileira, *oligarquia bovina* argentina, etc.), cujas elites intelectuais eram tributárias das estupidezes de Spencer, o que lhes permitia justificar a prorrogação indefinida da vigência real das suas Constituições liberais mais ou menos copiadas da norte-americana.

Desde 1910 — com a Revolução Mexicana, que foi a mais sangrenta guerra civil regional do século passado —, as *repúblicas oligárquicas* começaram a desmoronar, e surgiram diversos movimentos pluriclassistas que, apesar das suas características, não sempre todas positivas, impulsionaram o desenvolvimento e ampliaram a base de cidadania real (APRA peruano, MNR boliviano, *varguismo* brasileiro, *yrigoyenismo* e *peronismo* argentinos, *velasquismo* equatoriano, *cardenismo* mexicano, etc.).

A estes movimentos e aos seus reaparecimentos em versões atualizadas até o presente chama-se *populismos*, geralmente com pretensão pejorativa para desqualificá-los como imitadores dos totalitarismos europeus do período entre guerras, por isso, em nossa região, é importante cuidar a tradução literal da expressão *völkisch*, cuja tergiversação encerra uma armadilha política³¹¹. A verdade é que debilitaram as oligarquias locais, proconsulares dos interesses das diversas manifestações do neocolonialismo, ou seja, as *repúblicas oligárquicas* e seus intelectuais biologistas racistas³¹², no fim da Segunda Guerra, estavam em plena decadência e, com eles, o positivismo *perigosista* no campo penal e criminológico.

311. No texto sempre a traduzimos por *popularismo*, como falamos, na versão europeia, denota a tática política de aprofundar os prejuízos discriminatórios existentes em uma sociedade para manipular o povo, técnica que Hitler tinha aprendido do governador antisemita de Viena, Karl Lueger (1844-1910). A diferença entre estes movimentos e os fascismos europeus são destacadas até pelos europeus como Eric Hobsbawm (*História do século XX*, Buenos Aires, Crítica, 2012, p. 121) e norte-americanos (cf. Michael Mann, *Fascists*, Cambridge University Press, 2004).

312. O reducionismo racista tinha sido acolhido também por algumas minorias intelectuais latino-americanas, consideradas *progressistas* e até socialistas, aquilo que na *aldeia penal*, contribuiu para derrubá-lo estrepitosamente foi a adesão de Ferri ao fascismo em 1923 (sobre isso, Victor Manuel Macías Caro. *O papel de alguns penalistas italianos durante o fascismo*, em *O direito penal do pós-guerra*, Valência, Tirant lo Blanch, 2016, p. 571).

Em síntese: o descrédito mundial do racismo e a debilidade regional das oligarquias coincidiram em produzir um vazio discursivo no saber jurídico penal, que demandava uma urgente renovação doutrinária. Esse foi o momento, em meados do século passado, no qual chegou a dogmática penal alemã à América Latina³¹³, para encher o enorme vazio discursivo produzido pela crise do positivismo.

Não poderia negar-se, tampouco, certo peso que começava a esgotar a paciência de advogados criminalistas locais, em razão das imprecisões das polícias do perigo positivista, que às vezes caía em um diletantismo insuportável. A rápida difusão da dogmática alemã tampouco foi alheia à prévia recepção espanhola e a posterior diáspora do penalismo republicano pela nossa região³¹⁴.

Nesse contexto mundial e regional, a chegada da dogmática penal alemã foi uma inegável rajada de ar fresco: chegava algo racional, no sentido que oferecia soluções mais precisas a muitos casos e provinha do país onde o método jurídico tinha sido elaborado com a mais fina filigrana, que era rodeado de uma auréola de *ciência pura* que, por outra parte, adaptava-se aos tempos em que a *ciência* se glorificava, em especial, a física. Em todos os campos do saber, tentava-se imitar a física — o chamado *fisicalismo* — e os advogados criminalistas não eram alheios a isto, em seu afã por sair da sombra de caráter científico duvidoso do seu saber e ocupar um lugar acadêmico junto aos cultores das *ciências duras*. Na realidade, aquilo que recebíamos era a dogmática penal alemã elaborada pelo *neokantismo*, do qual passamos a nos ocupar.

2. O NEOKANTISMO PENAL ALEMÃO

O positivismo perigosista, embora refletisse forças mundiais, na *aldeia penal* se formou como produto de um *acordo entre polícias com poder e sem discurso e médicos com discurso e sem poder*, que deixava em posição subordinada os juristas, tributários dos ensinamentos dos médicos: a *criminologia etiológica do reducionismo biologista estava engolindo o direito penal*. Se a postura determinista do positivismo fosse levada ao extremo, nada ficaria do direito penal, como tinha sonhado Pedro Dorado Montero com seu *direito*

313. A prévia chegada de textos alemães havia ocorrido no Brasil, por obra de Tobias Barreto na segunda metade do século XIX e com a tradução portuguesa do *Lehrbuch*, de Franz von Liszt, realizada também no Brasil.

314. Sobre a recepção espanhola, muito bem exposta por Francisco Muñoz Conde em *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*, *op. cit.*, que é obra de leitura obrigatória neste tema.

*protetor dos criminosos*³¹⁵, embora a forma por que se produzia fosse diametralmente oposta ao anarquismo romântico do professor salmantino³¹⁶. Por isso, os juristas se sentiram incômodos e começaram a tratar de libertar-se dessa posição de subordinação, como, por exemplo, com a proposta de *escola técnico-jurídica* de Arturo Rocco na Itália³¹⁷.

Os advogados criminalistas alemães tinham reagido contra esta subordinação do direito penal à criminologia desde o início do século passado³¹⁸, quando decidiram ir deixando de lado o positivismo de Franz von Liszt, para quem, em seu *sistema integrado*³¹⁹, a verdadeira ciência era a criminologia etiológica, que nutria a *política criminal*, enquanto o direito penal se reduzia a ser uma espécie de contenção desta.

O penalismo alemão percebeu claramente que, para escapar a esta subordinação, precisava *desintegrar* o sistema, realizando uma nítida separação entre as ciências, recorrendo à classificação de Dilthey entre ciências *naturais* (*Naturwissenschaften*) regidas pela causalidade e ciências *culturais ou do espírito* (*Kulturwissenschaften*)³²⁰ regidas pelos valores, deixando a criminologia etiológica entre as primeiras e passando o direito penal à segunda categoria.

Assim, não só o direito penal se independizava da criminologia etiológica — como se pretendia —, mas também esta última ficava subordinada ao direito penal, já que era este aquele que delimitava o círculo dos comportamentos criminais e, por conseguinte, o âmbito epistemológico da criminologia etiológica. Dentro deste esquema, parece fazer algum ruído lógico na definição dos limites epistemológicos de uma *ciência natural* por parte de uma *ciência cultural*, o que não parece ter preocupado muito os advogados criminalistas da época, que, com este critério, deixavam a criminologia nas mãos dos médicos, mas em um *canto da faculdade de direito*. Em rigor, não fica claro se era desintegrado o sistema das *ciências penais* ou se,

315. Pedro Dorado Montero, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1916.

316. Sobre Dorado, Manuel de Rivacoba e Rivacoba, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Santa Fé, Universidade do Litoral, 1962.

317. Arturo Rocco, *Il problema e il método della scienza del diritto penale*, em Revista Italiana de Direito e Processo Penal, 1910, pp. 497-525 e 561-582.

318. Entre os Trabalhos pioneiros, Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlim, 1904.

319. Alessandro Baratta, *Criminologia e dommatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, em *La Questione Criminale*, Bologna, 1979, pp. 147-183.

320. Wilhelm Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und ihrer Geschichte*, Berlim, Duncker & Humblot, 1883 (*Introdução às ciências do espírito*, Buenos Aires, 1943).

na realidade, invertia-se a relação entre o direito penal e a criminologia em uma nova integração.

O penalismo alemão se libertou do positivismo de Liszt — e do conseguinte patronato da criminologia etiológica — recorrendo à filosofia do chamado *neokantismo sudocidental ou de Baden*, cujos máximos expoentes foram Windelband, Rickert, Scammler e Lask, que ampliavam o conceito de *ciência*, afastando-se do puro interesse epistemológico do *neokantismo de Marburgo* — do qual se pode considerar que deriva Kelsen — e que não era apto a dar base à dogmática penal.

Como o neokantismo classifica o direito como uma ciência *cultural* (ou do *espírito*), sua versão penal parte de uma teoria do conhecimento conforme a qual as entidades do mundo se apresentam desordenadas e, portanto, não são disponíveis. Dito de forma muito gráfica, o mundo real seria como uma casa à qual se chega em uma mudança, onde tudo está misturado e, embora exista materialmente, a casa não se pode usar porque não há ordem e, em consequência, não é habitável, não pode usar-se como casa, não está *disponível*.

Para os neokantianos, aquilo que põe ordem no mundo e o faz disponível é o *valor*, que permite localizar cada entidade em seu lugar. À pergunta: *o que são os valores?* respondem que *os valores não são, mas sim valem*. Ficaria pendente saber *para quem valem ou quem faz que valham* — pelo menos no campo dos valores jurídicos —, e a resposta poderia ser *talvez para quem os impõe*, questão central da axiologia, referida à objetividade e à subjetividade dos valores, que não discutimos agora, mas é mister advertir que o neokantismo não tem outro remédio a não ser sustentar a tese da objetividade³²¹.

3. ORDENA-SE OU CRIA-SE?

Na realidade, ainda que se afirme que *as coisas existem*, a sua existência não parece ter muita importância, exceto se o *valor* colocar ordem e nos permitir usá-las como aquilo que *cada coisa é*, ou seja, esta teoria do conhecimento não pode negar que o *valor* cumpre uma função *criativa*. Isto tem um importantíssimo efeito prático na dogmática penal: os dados do mundo não ordenados pelo *valor* não se podem incorporar à construção dogmática jurídico-penal, porque, embora pertençam à realidade, não estão disponíveis,

321. Em 1975, Heinrich Henkel, notório advogado criminalista neokantiano identificado com o regime, insistia no livro de comemoração a Schaffstein na objetividade dos valores e se apoiava em parte em Larenz (*Recht und Wert*, em *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli: 1975*, Göttingen, 1975, p. 13 e ss.).

dado que ficaram fora da ordenação disposta pelo *valor* e, por conseguinte, não se podem usar.

Como é sabido, desde seu positivismo criminológico, Liszt tinha construído uma teoria do delito conforme o esquema objetivo (injusto) e subjetivo (culpabilidade). A injustiça era a causação física do resultado danoso e a culpabilidade era a causação *psíquica*. Ambas as causações³²² eram *descritivas ou naturais*. A ideia de *causação psíquica* independente da *física* (dualismo causal) era própria da psicologia empírica e comum com a futura psicanálise, mas não alterava em nada o esquema determinista de Liszt, que, embora concebesse a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade *psicológica*, fazia-o pedindo emprestado um componente valorativo que soava como cunha de estranha madeira em sua construção da teoria do delito: a normal motivação³²³.

Em 1906, Beling com a teoria do tipo³²⁴, introduziu uma distinção no interior do injusto, sem alterar o esquema geral de Liszt, por isso, logo se classificou a teoria do delito de Liszt e Beling como *clássica*, denominação que não é muito adequada para conceitos que evoluem por décadas.

O neokantismo penal tomou o esquema de Liszt e o foi desenvolvendo conforme a sua teoria do conhecimento, sem abandonar a sistemática originária do injusto *objetivo* e a culpabilidade *subjetiva*. Não obstante, o neokantismo trouxe importantes mudanças conceptuais internas. Em princípio, o muro que dividia o objetivo do subjetivo se tornou poroso, em virtude do descobrimento dos chamados *elementos subjetivos do tipo ou do injusto*, introduzidos por Hegler³²⁵ e Max Ernst Mayer³²⁶. Quase ao mesmo tempo, a dogmática neokantiana redescobriu o esquema ético da culpabilidade como *dívida* e Reinhard Frank elaborou a teoria da culpabilidade normativa³²⁷, na qual trabalhariam mais tarde Berthold Freudenthal³²⁸ e James Goldschmidt³²⁹. No fim da década dos anos vinte, colocaram-se em

322. Respondiam a uma tese dualista da causalidade (física e psíquica), diferenciando-se de Ferri e dos positivistas italianos, que partiam de uma teoria monista segundo a qual a única causalidade é a física

323. Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1891 e sucessivas edições até Liszt-Schmidt.

324. Ernst von Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

325. August Hegler, *Merkmale des Verbrechens*, em ZStW, 1915, p. 76 e ss.

326. Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, C. Winters, 1915 (2ª ed., 1923).

327. Reinhard von Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, Alfred Topelmann, 1907.

328. Berthold Freudenthal, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübinga, 1922.

329. James Goldschmidt, *Normativer Schuldbegriff, em Fest. F. Frank*, Tübinga, 1930, p. 428 e ss.

relevo as dificuldades que apresentava o dolo na culpabilidade³³⁰, embora sem maior transcendência naquele momento.

Todos estes avanços neokantianos, embora se separassem do determinismo causal de Liszt e do seu *naturalismo*, reafirmaram a ideia de uma teoria do delito *estratificada*, mesmo com algumas variantes: antes a introdução da criminalização tinha permitido que a punibilidade ficasse fora da teoria do delito. O neokantismo problematizou as relações entre a criminalização e a ilegalidade, e elaborou diversos conceitos de ação ou conduta. De qualquer forma, mantinha-se a definição *estratificada*: ação, típica, antijurídica e culpada.

Estas discussões foram sendo produzidas durante a república de Weimar, quando os protagonistas da suposta e velha *luta de escolas* — Franz von Liszt (1851-1919) e Karl Binding (1841-1920) —, tinham desaparecido deste mundo. Ernst von Beling (1866-1932) morreu pouco depois de publicar a sua complexa *teoria do tipo*³³¹; Reinhard von Frank (1860-1934), dois anos mais tarde; Berthold Freudenthal (1872-1929) e Max Ernst Mayer (1875-1923) haviam falecido antes. Assim, ao chegar o nazismo ao poder, não restava ninguém da velha guarda e havia poucos da segunda. Quase o único neokantiano que tinha começado a produzir nesta vertente desde o início do século era Gustav Radbruch.

Já que a teoria do conhecimento neokantiana permite construir a dogmática com bastante soltura, posto que *tudo depende dos valores que se levem em conta como ordenadores do mundo*, e dos correspondentes dados *incluídos ou excluídos pelo valor* com relativa arbitrariedade seletiva, não faltaram autores liberais que trabalharam a dogmática penal conforme os valores desta linha política. Neste sentido, pode considerar-se liberal o neokantismo de Gustav Radbruch (1878-1950), Max Ernst Mayer, Max Grünhut (1893-1964), Berthold Freudenthal, James Goldschmidt (1874-1940) e acreditamos que também o de Hellmuth von Weber (1893-1970)³³².

Quando em 1933 o nazismo chegou ao poder, rapidamente tirou do

330. Hellmuth von Weber, *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechts*, Reichenberg, 1929.

331. Ernst von Beling, *Die lehre von Tatbestand*, Tübinga, 1930.

332. O compromisso com o nazismo que se atribui a Hellmuth von Weber é relativo e é explicado muito bem por Christiano Falk Fragoso (*op. cit.*, p. 142). Em 1933, foi encomendado, junto a Friedrich August Oetker e Johannes Nagler, um relatório sobre a probabilidade de aplicar a lei penal retroativamente. Sobre a base da diferente redação da Constituição de Weimar e do § 2 do StGB, determinaram que não era possível aplicar uma lei retroativa que tipificasse o que antes era atípico, mas que poderia ser feito se somente agravasse a pena. Quanto à consulta sobre a possível criação de um tribunal especial para julgar o incêndio do *Reichstag*, opinaram que seria necessária uma reforma constitucional. Não parece haver acontecido outra intervenção e até se dificultou a sua mudança para outra universidade.

meio os sobreviventes deste liberalismo penal: Radbruch foi afastado da atividade universitária, dedicando-se a escrever seu livro sobre Feuerbach, justamente o fundador do liberalismo penal alemão, que publicou em Viena³³³. August Hegler, Grünhut e Goldschmidt estavam exilados por serem judeus; Hellmuth von Weber investigava o direito medieval³³⁴. Obviamente, a forma neokantiana de *ordenar o mundo* destes autores, não era a que o *Führer* queria.

4. OS VALORES ORDENADORES NAZISTAS E A GUERRA DOGMÁTICA

Os teóricos políticos do nazismo não só se ocuparam de tirar do meio os neokantianos *judeus e liberais*, mas também demarcaram o campo de jogo à dogmática penal. Foi direta e claramente Hans Frank, o presidente da *Academia*, quem se ocupou de assinalar aos doutrinários jurídicos sua função e seus limites políticos no marco institucional desses anos.

Dirigindo-se aos juristas advertiu sem meias palavras que tinham proibida toda crítica à lei, porque, assim como todo bom nazista, *estão estritamente ligados ao seu Führer pelo dever de lealdade e obediência*. A natureza da ciência jurídica — da dogmática — não seria outra que a de um *serviço prestado ao Führer*, que consistiria unicamente em fornecer um aparelho de compreensão do direito. *As conclusões do pensamento jurídico, da investigação e da doutrina jurídica, não podem não concordar sempre com o governo e com a condução política*³³⁵.

Assim, desde a cúpula jurídica do nazismo, era proibido aos juristas criticar a lei e era mandado que se limitassem a racionalizar seu conteúdo, o que parece ter sido a ordem respeitada na dogmática penal desses anos e que, por outra parte, respondia muito bem aos princípios do neokantismo jurídico. Rapidamente, este começou a *reordenar* os conceitos dogmáticos conforme os novos *valores*, foi acomodando estes em categorias da teoria do delito, o que estava em perfeita harmonia com a instrução recebida. Novas figuras passaram a ocupar o primeiro lugar no cenário da dogmática alemã.

Não é por completo verdade que os conceitos tenham sido manipulados, mas, para cumprir a função que Frank atribuía à ciência jurídica, o

333. Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Springer, 1934.

334. Cfr. nosso estudo preliminar a Hellmuth von Weber, *Lineamientos de Derecho Penal Alemán*, trad. de Leonardo Brond, Buenos Aires, Ediar, 2008.

335. Hans Frank, *Fondamento giuridico dello Stato Nazionalsocialista*, op. cit.

neokantismo resultava quase ideal: dado que os valores ordenam o mundo real caótico, sempre se tratará de ver quais são os valores que ordenam, e aqui foram os valores nazistas que passaram a ordenar o mundo, a tornar disponível tudo aquilo que o valor incluía e a excluir tudo aquilo que perturbava ou incomodava a quem impôs esses valores.

Não obstante, pouco a pouco viu-se que esta tarefa não se deslocava sobre um terreno plano e pacífico, pois apareceram dois jovens advogados criminalistas nazistas que desafiaram os neokantianos, estigmatizando-os como *liberais*. Declarou-se uma guerra entre Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, por um lado (cujos trabalhos se conhecem como *Escola de Kiel*, de cujos desenvolvimentos nos ocupamos nos capítulos seguintes), e os neokantianos nazistas, pelo outro. Para os primeiros, os neokantianos sustentavam uma teoria do delito estratificada, concebida sob o império do direito penal liberal e, por conseguinte, inadequada para adaptar-se a uma nova forma de Estado.

Em geral, negavam diretamente os benefícios da construção estratificada da teoria do delito, cancelavam a ideia de bem jurídico, concebiam o delito de forma omissiva como violação de dever, afirmavam que carecia de sustento a distinção entre criminalização e ilegalidade e também a desta última com a culpabilidade, valiam-se dos defeitos lógicos da construção neokantiana para demoli-la totalmente, mas, basicamente, o enfrentamento respondia a que os neokantianos entendiam que sua dogmática era apta para interpretar as leis nazistas, porque era uma *ciência apta para interpretar qualquer direito*, enquanto os de Kiel afirmavam que *cada sistema político requer uma dogmática própria*.

A verdade é que este ataque forçou o neokantismo penal a redobrar seus esforços para *interpretar* da melhor maneira possível e conforme os valores do *Führer* a terrível legislação penal a que nos referimos antes; e, na verdade, cabe reconhecer que puseram especial empenho nesta tarefa.

5. O NEOKANTISMO DE MEZGER

É claro que as teorias de Kiel não chegaram à América Latina, porém, depois da guerra, recebemos a dogmática neokantiana que tinha sido utilizada na forma indicada por Hans Frank. Contudo, os velhos autores do neokantismo liberal tampouco chegaram nunca até nós, porque seus trabalhos penais só foram traduzidos ao castelhano em tempos recentes e como material histórico; mas, nos tempos de esplendor do neokantismo, o que

chegou a nós foi a produção da versão que tinha respeitado as diretivas de Hans Frank e principalmente a obra do professor de Munique, Edmund Mezger, através da sua tradução castelhana³³⁶, que foi o baluarte da chamada *teoria causalista do delito* que, no pós-guerra e entre nós a partir do fim dos anos sessenta e do começo dos setenta, foi de encontro à chegada do *finalismo* e o *ontologismo* — conservador, mas realista — de Hans Welzel.

Longe de chegar até nós uma *pax dogmática*, vieram os restos de uma *guerra dogmática* entre nazistas. Embora depois da guerra tenha se tentado difundir a ideia de que só haviam sido nazistas os de Kiel, enquanto os outros tinham mantido uma posição *científica, asséptica* — e alguns mais confusos acreditaram que inclusive *liberal* —, na realidade, a *guerra dogmática* que ocorreu na Alemanha entre 1933 e 1945 foi um confronto *entre advogados criminalistas nazistas*, que concorriam academicamente para interpretar melhor as leis que emanavam do *Führer* e os seus coroinhas.

Aquilo que chegou depois do desastre foram os sobreviventes da catástrofe que procuravam dissimular seu envolvimento teórico sob o manto da *cientificidade* ou *neutralidade científica*, o que, em grande medida, contribuiu para desorientar o penalismo latino-americano, que, despojando de conteúdo político o material importado, esqueceu muitas vezes que nunca pode haver *asepsia ideológica* quando se projetam decisões de poder, porque isso é impedido pela própria natureza das coisas,

É claro que isto não exclui a utilidade do material recebido, como muitas vezes o material que um país descarta é útil para outros, e, é verdade que, ante a orfandade discursiva na qual nos tinha deixado a feliz queda do racismo neocolonialista do *biologismo perigosista*, serviu para introduzir uma nova metodologia mais racional, mas que até a atualidade costuma considerar-se *asséptica e politicamente neutra*, quando, na realidade, também tinha sido um instrumento interpretativo da horripilante legislação penal dos anos que nos ocupam.

Sobre Edmund Mezger (1883-1962) existe uma muito cuidadosa investigação do catedrático de Sevilha, Francisco Muñoz Conde³³⁷, que deu origem a uma grande polémica espanhola, mas cuja leitura é imprescindível para quem quer se aprofundar não unicamente nos escritos, mas também

336. Edmund Mezger, *Tratado de direito penal*, trad., de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madri, Revista de Direito privado, 1935. A tradução do seu *Livro de estudo* foi realizada por Conrado A. Finzi em Córdoba e foi publicada em Buenos Aires em 1959.

337. Referimo-nos a seu *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*, já citado.

na vida e personalidade deste advogado criminalista de indiscutível filiação nazista, que não só participou ativamente nas reformas desses anos (inclusive na do § 2o do código alemão) e que, junto com Franz Exner — que mencionamos antes³³⁸ — culminou em um projeto sobre *estranhos à comunidade* nas últimas etapas do regime. Também foi autorizado e visitou o *Konzentrationslager* de Dachau em 1944³³⁹.

Remetemos à detalhada investigação de Muñoz Conde quanto ao resto, limitando-nos aqui a mostrar como a teoria do conhecimento neokantiana permitiu *reordenar* alguns conceitos básicos do mundo penal conforme os *valores nazistas*. Para tanto, cabe ter presente, em geral, que Mezger estava profundamente influenciado pelas teorias biologistas, a ponto de fazer uma incursão na criminologia desta corrente com um texto que foi publicado em castelhano³⁴⁰ e em cujo prólogo começa sintetizando seu pensamento: o retribucionismo e a prevenção especial fracassaram antes, mas agora chega a *uma síntese mais alta, ou seja: o pensamento da responsabilidade do indivíduo ante seu povo e o da regeneração racial do povo como um tudo*, porque o *novo Estado totalitário se eleva apoiando-se nos princípios básicos de povo e raça*.

Realmente, surpreende que estes parágrafos e o conteúdo dos escritos de Mezger nesses anos não tenham derrubado a pretensão de *asepsia política* do seu tempo, a ponto de que autores de inquestionáveis e firmes convicções democráticas tenham acreditado, de boa-fé, que a sistemática de Mezger era garantia de direito penal liberal e que seu autor era só alguém *obrigado* ou *forçado* a adaptar-se às novas diretivas políticas. Embora hoje resulte quase inacreditável, assim aconteceu em seu tempo, por parte de investigadores que eram contrários ao seu pensamento, como os advogados criminalistas espanhóis da diáspora republicana³⁴¹ e como seu próprio tradutor na Argentina,

338. V. *supra* IV, B, 5. Em castelhano pode-se ver. Franz Exner. *Biologia criminal em seus traços fundamentais*. Trad. de Juan del Rosal. Barcelona. Bosch, 1957, em que, entre outras coisas, manifesta que a sociedade norte-americana exige dos negros um esforço que não estão em condições biológicas de atender, por isso há uma representação exagerada de afro-americanos nos presídios.

339. Sobre Mezger, também Gerit Thulfaut, *Kontinuität in der Strafrechtsdogmatik – Ein personelles Problem? Vom Karriereweg des Edmund Mezger*, em Gerhard Pauli e Thomas Vormbaum (eds.), op. cit., p. 199 (refere-se a polémica espanhola na p. 208). Do mesmo autor: *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883 – 1962)*. Eine wissenschaftsgeschichtliche und biographische Untersuchung, Baden-Baden, Nomos, 2000.

340. Edmund Mezger, *Criminología*, trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Direito Privado, 1940.

341. Luis Jiménez de Asúa não considerava Mezger um nazista, mas sim alguém sem valor pessoal suficiente: referindo-se ao *Grundriss* de Mezger de 1940, diz que, na sua quarta parte, o autor, que não teve amarras para defender as suas antigas ideias liberais, expõe os fundamentos do *Direito penal nacional-socialista* (*O direito penal totalitário na Alemanha e o direito voluntarista*, em *Revista de Direito Penal*, Buenos Aires, Ediar, ano 1, nº 1, 1945, p. 29 e ss., p. 43). A opinião de Francisco Basco e Fernández de Moreda era análoga naqueles anos (cfr. seu artigo *As escolas de Kiel e de Marburgo*, e

expulso por ser judeu da universidade fascista italiana³⁴².

É possível que sob uma ditadura alguém se veja forçado a escrever alguns parágrafos de circunstância, mas a profusa produção de Mezger nesses anos demonstra que ele se sentia muito confortável sendo um difusor do combate ao delito mediante a *erradicação* (*Ausmerzung*) *da parte de população danosa ao povo e à raça*, propondo inclusive a *Ausscheidung* da sociedade humana dos incorrigíveis, expressão que significa *excreção*, e que tinha proposto desde os tempos de Weimar³⁴³.

B. ALGUMAS REFORMULAÇÕES NEOKANTIANAS SEGUNDO OS VALORES NAZISTAS

1. A REFORMULAÇÃO DA CULPABILIDADE NORMATIVA POR MEZGER

Em seu célebre trabalho intitulado *Política criminal sobre fundamento criminológico*³⁴⁴, dá como superada a luta de escolas, porque *a comunidade do povo, considerada uma comunidade de grandeza biológico-histórico-orgânica, baseada no sangue e na raça, sobre um chão e um destino histórico comuns e conduzida conscientemente*, permite-lhe sintetizar todas as medidas penais.

Entende que ao *direito penal* cabe uma tripla tarefa: *deve fomentar e garantir a educação ético-jurídica de todos os partícipes do povo no quadro da comunidade do povo; deve expiar o delito cometido conforme o grau da sua culpabilidade e preservar assim o direito e a justiça; independentemente da culpabilidade pessoal, deve proteger eficazmente a generalidade da ameaça do delito. Principalmente os dois primeiros são o motivo para o qual serve a pena no sentido estrito da palavra.*

Como compreende que a culpabilidade normativa ou *pelo fato* não obtém os mesmos resultados que a *periculosidade*, afirma que isto contradiz os objetivos da política criminal, por isso, defende uma pena por culpabilidade

a doutrina penal nacional-socialista, em *Criminalia*, México, dezembro de 1943, p. 235 e ss). Em conversa pessoal, Blasco Fernández de Moreda relatou-nos haver conversado com Mezger em um evento científico em que se mostrou atento com ele e inclusive lhe enviou alguns livros, mas por meio de um terceiro, de forma cautelosa, dando a impressão de um homem assustado.

342. Nos referimos ao pesquisador de destaque da Universidade Nacional de Córdoba, Conrado A. Finzi, filho de Marcello Finzi. Sobre a separação de juristas das cátedras italianas, entre eles, os Finzi como também Tullio Ascarelli e Giorgio Del Vecchio ver Enzo Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Bari, Laterza, 2008, p. 89.

343. Em MSchrKrim, 19, 393, 1928, citado por Gerit Thulfaut, *Kontinuität in der Strafrechtsdogmatik*, op. cit., p. 202.

344. Edmund Mezger, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, 2ª. ed., Estugarda, 1942.

de autor, quer dizer, uma pena *que não seja só dependente do fato objetivo, mas também da essência subjetiva e pessoal do autor*, como o dispõe o § 20ª do código (a pena indeterminada para habituais introduzida pelo nazismo).

Não é simples passar de uma *culpabilidade de ato* a outra *de autor*, sem que desapareça a culpabilidade e, por conseguinte, fique só uma *periculosidade* fundada de forma determinista. Para Mezger, a *eliminação* era imposta aos *incorrigíveis*, pois acreditava que nestes operavam determinantes biológicos, mas pretendia que a eliminação não deixasse de ser uma resposta à *culpabilidade*, o que é de difícil explicação, como ficou em evidência em seu lamentável debate com Grispigni, no qual este último parece muito mais claro, que somente apela à *periculosidade* para uma melhor interpretação da legislação nazista³⁴⁵.

A contradição da culpabilidade *pelo fato* com os requerimentos represivos e *depuradores da comunidade do povo* tinha sido destacada por Siegert, quem procurou sair do enredo com um *conceito material de culpabilidade* que, em suma, é culpabilidade de autor como *juízo de contrariedade ao dever popular* (*Volkspflichtwidrigkeit*). Siegert afirmava que Freudenthal tinha provocado o descrédito de toda a sua teoria normativa da culpabilidade como resultado da recriminação ética individual, que *o levava a estimar a contrariedade ao dever, a exigência jurídica do comportamento conforme o direito, segundo a possibilidade anímica do indivíduo, com o qual o direito penal devia capitular ante os fracos e covardes*. Cabe perguntar-se se esta afirmação de Siegert não sugere que os *fracos* deviam ser eliminados.

Pelo contrário, para evitar a questão fundamental, quer dizer, a pretensão de exigir de alguém algo que, no momento, não podia fazer, queria medir a contrariedade ao dever considerando o indivíduo como membro responsável pela totalidade³⁴⁶. Neste sentido, tudo indica que Siegert incorria na *responsabilidade social*, resultante do simples pertencimento à sociedade, assim como o tinha pretendido Ferri, embora precise que para Liszt a culpabilidade era de *caráter, e, para o Estado nacional-socialista, o ponto de partida não é a sociedade, mas sim a raça*; dito de outra maneira, pretendia construir uma *culpabilidade material* por simples pertencimento à *raça*, ou seja, que substitua a *responsabilidade social* ferriana pela *responsabilidade racial* nazista.

345. V. em castelhano, Filippo Grispigni e Edmund Mezger, *A reforma penal nacional-socialista*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

346. Karl Siegert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, cit., p. 41.

Além destas incoerências que não chegavam a esconder a sua raiz positivista nem que no fundo chamava *culpabilidade à periculosidade*, ao mesmo tempo corria o risco de confundir a culpabilidade com a ilegalidade. De fato, para Siegert, o primeiro elemento da culpabilidade era a imputabilidade; o segundo, a relação subjetiva com o fato (dolo e culpa); e o terceiro, *a contrariedade ao dever popular*, o que parece introduzir uma confusão com a ilegalidade³⁴⁷.

Diferente de Siegert, Mezger tratou de evitar a simples mudança de nome. Não quis recorrer ao expediente de chamar *culpabilidade à periculosidade positivista*, certamente porque, em particular, em alemão, a palavra *culpabilidade* (*Schuld*) significa também *dívida* (como no velho *Pai nosso*) e, por conseguinte, demanda alguma cota de decisão ao ilícito, de certo grau de autodeterminação, que por essência a periculosidade exclui. Assim, tampouco admitia o recurso a que recorria Bockelmann em sua construção do direito penal de autor, que fundava no *dogma causal* e considerava que a *liberdade* era só uma *ficção necessária*. Mezger rechaçava isto por considerar que nem a pena nem a política criminal podem ser fundadas em *ficções*.

Como resolvia o problema? É aqui onde afirma que a pena não deve determinar-se *conforme o fato particular concreto, mas sim segundo a total condução de vida (Lebensführung) do autor*, quer dizer, sobre a existência total do autor. É claro que toma esta ideia da ética aristotélica, embora não diga: não se julga o fato concreto, mas sim a totalidade da vida do autor, partindo da base de que em algum momento o autor *algo conseguiu*.

Para Aristóteles, quem se afastasse do virtuoso justo cairia pelo declive e logo não poderia deter o curso da queda, como quem lança uma pedra e não pode recuperá-la nem a deter. Trata-se, pois, de levar ao extremo a tese da *actio libera in causa* e, desse modo, não reprimir o autor pelo fato concreto, que talvez não tenha podido evitar *no ato*, mas sim *em causa*. Por isso, afirma que *essa pena de autor é uma pena de culpabilidade, exatamente igual à pena pelo fato, já que a culpabilidade, que determina fundamentalmente toda pena, leva em consideração só aquela parte da condução de vida (Lebensführung) em relação à qual o autor algo pode. Por conseguinte, trata-se de uma culpabilidade pela condução da vida (Lebensführungsschuld) e pela decisão da vida (Lebensentscheidungsschuld), e não uma simples culpabilidade por disposição*³⁴⁸.

Esta reformulação do conceito de *culpabilidade* não é uma mera

347. *Ibidem*, p. 48.

348. Edmund Mezger, *Kriminalpolitik. op. cit.*, p. 248.

manipulação. Mezger evita com esta reelaboração, apelando a uma *decisão*, recair nos fatores biológicos puros (como Nicolai fazia), com *o risco de renovar o materialismo no direito penal*³⁴⁹. Do ponto de vista do direito penal de garantias, é óbvio que pode objetar-se que Aristóteles fazia ética e não direito penal e, por conseguinte, não seria plausível que se recrimine o autor na culpabilidade atos anteriores atípicos (fumar maconha, beber álcool, não trabalhar, vida *prostibulária*, visitar antros de jogo, etc.), mas, para Mezger, esta objeção não seria válida, levando em consideração o texto do § 2º conforme a reforma de 1935, da qual ele mesmo participou e suprimiu a legalidade.

A velha *má vida* dos positivistas³⁵⁰ dava espaço a medidas de segurança *pré-delitais* ou *estados perigosos sem delito*, mas, para os valores nazistas, a decisão pela *má vida* era contrária às normas éticas da sociedade sistemicamente entendida na forma de *comunidade do povo*, ou seja, que, conforme a já vista unidade de ética e direito, o conceito de *culpabilidade pela condução da vida* de Mezger era totalmente coerente com uma reformulação de valores *ordenadores* conforme os *novos* fundamentos do direito. Se tratava que o direito penal *depurasse* da comunidade do povo aqueles que se afastavam das suas normas, os que se decidiam pela *má vida* já o estavam fazendo, de modo que o *fato* só abria a janela para a recriminação a toda eleição existencial do autor.

Sem dúvida, esta elaboração de Mezger responde perfeitamente às regras metodológicas e à teoria do conhecimento neokantianas, quer dizer, é a mais perfeita construção da culpabilidade conforme os *valores ordenadores* do quadro jurídico nazista. Destaque-se, ainda, que a pretensão de que o juiz *valorize juridicamente* — ou, melhor dizendo, *desvalorize* — e *recrimine* a totalidade da eleição de vida (existência) de uma pessoa implica uma amostra de onipotência totalitária que se aproxima do *juízo final*, o que, embora possa ser coerente dentro do esquema nazista, é uma aberração inadmissível para qualquer exigência mínima de respeito à dignidade e à condição mesma de *pessoa*.

2. DOLO COM CEGUEIRA EM MEZGER

Em relação à chamada *consciência da ilegalidade*, Mezger sustentou a *teoria do dolo*, o que lhe permitia sustentar uma teoria unitária do erro. Esta posição não era exclusiva deste autor, embora, em suas elaborações dos anos

349. *Idem*; também *Vergeltung und Schutz im neuen Deutschen Strafrecht. Sonderdruck aus Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 31. Jahrgang 1940, Heft 4/5, pp. 105-110.

350. Sobre este conceito, nosso estudo preliminar de Eusebitto Gómez, *A má vida em Buenos Aires*, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2011 (Coleção “Os estranhos”).

que nos ocupam, assumam um caráter muito particular e intimamente vinculado à reelaboração neokantiana das categorias do delito.

Em verdade, em vários trabalhos³⁵¹ rechaça a criação de uma *culpa jurídica* ou um *crimen culpa* que, conforme a sua teoria unitária do erro, obrigaria a impor uma pena muito baixa a fatos que considera da máxima gravidade, pois, quando *um ser humano adulto incorre em um aborto, em uma ação homossexual, em uma afronta à raça, sem consciência de que isto seja uma injustiça, até querendo aceitar sua alegação, não satisfaz o desvalor do fato uma pequena pena por desconhecimento culposo do direito*.

Cabe observar que os exemplos com que ilustra sua posição, em especial a conduta homossexual e a afronta à raça., correspondem a proibições nazis, cujo desconhecimento considera inadmissível como desculpa, afirmando que se trata de *crimina odiosa*, em cujo caso não é possível requerer um efetivo conhecimento da ilegalidade da conduta e, não obstante, considera que é precisamente nesse *não saber* onde reside sua culpabilidade, consistente em *afastar-se da compreensão que do justo e do injusto devem exigir o Estado e o povo*.

Em tais casos, *em que o autor na verdade não transgredir dolosamente o direito, será, entretanto, condenado como se houver se comportado dolosamente*. Como pode-se observar, introduz aqui um *equivalente da consciência da ilegalidade*, que consiste na *cegueira ao direito* que, segundo sua opinião, *revelaria uma atitude que não está de acordo com a sã intuição do povo sobre o justo e o injusto, de modo que, sob condições normais, não deve desculpar, mas sim pelo contrário, configurar o fundamento da punição*. A *cegueira ao direito*, por conseguinte, não seria outra coisa para Mezger que o desconhecimento devido a que o sujeito não internalizou os valores da *intuição sã do direito* própria do povo alemão.

Em discussão de pós-guerra com Welzel³⁵², Mezger trocou o conceito pelo de *inimizade ao direito*³⁵³, quando o primeiro observou que se tratava de uma ficção e que apelava ao direito natural. Faz tempo apontamos que ambos os conceitos — mais matizado o último, suprimindo a referência ao *povo* e os odiosos exemplos do seu anterior trabalho —, são produto de uma clara culpabilidade de autor e, por conseguinte, provam que *Mezger tinha*

351. Principalmente, Edmund Mezger, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, em *Probleme der Strafrechtsrenewierung* (Fest. F. Kohlrausch), Berlim, 1944, p. 180 e ss.

352. Hans Welzel, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, em “Süddeutsche JZ”, 1948, p. 367.

353. Edmund Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlim, 1950.

*opiniões igualmente autoritárias em 1944 como em 1950*³⁵⁴. A isto devemos acrescentar agora a perfeita coerência da construção da *cegueira ao direito* no quadro de uma reconstrução neokantiana da teoria do delito conforme os *valores ordenadores* do direito nazista.

É possível que, na renovação da sua tese no período pós-guerra, a imputação de jus naturalismo que formulava Welzel fosse correta, porém, nos anos do nazismo, Mezger não invocava nenhum direito natural com a *cegueira ao direito*, mas sim se valia do *são sentimento ou intuição do povo* em referência à ética emanada da comunidade do povo, ou seja, aos valores nazistas incorporados à lei. Conforme eles, sua construção resultava coerente: a *Volksgemeinschaft* não podia tolerar que um dos seus partícipes do direito não *tivesse visto* como antijurídico aquilo que para todos os partícipes do direito — incluindo Mezger — era óbvio, como ter relações sexuais com homem ou mulher judeus ou com pessoa do mesmo sexo, que eram os exemplos a que este recorria.

A *cegueira ao direito*, nos tempos do nazismo, não era nenhuma ficção, mas sim uma exigência real emanada da comunidade do povo. O *sistema social* nazista não podia tolerar que nenhum dos seus *subsistemas* o desequilibrasse, ignorando as principais bases das suas absurdas exigências éticas convertidas em jurídicas.

A recriminação de culpabilidade se fundava em um dolo não só com conhecimento da ilegalidade, mas também com desconhecimento das exigências éticas elementares da comunidade popular. Embora pareça estranho, esta questão se vincula ao conceito do Estado, pois para Mezger *a crise da justiça penal não é de política criminosa, mas se trata de uma crise da ideia do Estado*³⁵⁵. Somente suprimindo a distinção entre *Estado* e *sociedade* e tornando o primeiro o instrumento do sistema (comunidade do povo), pôde elevar a ignorância das pretendidas exigências éticas da primeira a um elemento do dolo equivalente à consciência da ilegalidade.

Explica isto claramente ao afirmar que tanto a retribuição como a pena educativa eram produto do conceito liberal *vazio* do Estado, no qual a primeira era uma *resignação*, e a segunda, resultado de uma concepção social que não fazia mais que espelhar o *vazio* do primeiro. Este *vazio* seria aquilo que — em sua opinião — encheu o nazismo com o *sistema social*, quer dizer, com a comunidade do povo como fonte de exigências éticas convertidas em

354. Cfr. nosso *Tratado de direito penal. Parte geral*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 85.

355. Edmund Mezger, *Vergeltung und Schutz*, cit.

jurídicas por causa da supressão da distinção iluminista.

É por isso que, fora nos casos de *incorrigíveis*, Mezger admita a pena educativa de Liszt. Entende que *quem nega a sua condição de membro da comunidade ou quem carece da capacidade para afirmá-la, fica excluído da comunidade jurídica e não deve ser condenado, mas sim inocuizado*, mas, salvo esses casos, reivindica a pena educativa para o Estado autoritário, concebida como *uma ação mais integral sobre o sujeito, já não considerado isolado ou em confronto com a sociedade, mas sim como um membro da Volksgemeinschaft*.

Afirma que a pena educativa de Liszt não é compatível com um direito penal autoritário, na medida em que se separe sociedade e Estado, ficando este último como um conceito *vazio*, que se esgote em uma ordem formal, e a primeira fique como objeto das ciências sociais e naturais, por isso encontra a solução em uma *síntese de comunidade de povo e Estado*.

Entendido isto no marco nazista, a reconstrução neokantiana é transparente: a submissão do Estado à ética emanada da comunidade do povo, concebido como uma unidade com esta, exige que aqueles que não merecem ser partícipes da comunidade (*cegos totais ao direito*) *sejam expelidos*, e que aqueles que, sem chegar a evidenciar essa condição (espécie de *miopes ou daltônicos ao direito*), mostrarem falhas na compreensão das suas exigências ético-jurídicas sejam punidos mediante a educação.

Observe-se que a *pena fim* ou *educativa* sempre corre o risco de envolver um componente autoritário, pois aspira a mudar os valores do infrator, mas, no contexto nazista, aquilo que Mezger fazia ao reivindicá-la era precisamente acentuar até o extremo a possibilidade autoritária: sem nenhum reparo nem consideração devia-se suprimir toda valoração dissidente com as exigências éticas do sistema. Longe de ser a *pena fim* do velho Liszt, incompatível com o Estado autoritário — como a consideravam outros —, Mezger a retomava para extremar seus eventuais aspectos autoritários e convertê-la em um instrumento a serviço dos fins do sistema.

3. KOHLRASUCH: OUTRO DOLO CEGO

Eduard Kohlrausch pronunciou-se também pela teoria do dolo, requerendo a consciência de ilegalidade como necessária para seu conceito: *havendo tido o autor erroneamente a certeza de que o fato não contraria nenhuma lei e que não agiu injustamente, este erro não será relevante quando responder a uma atitude que seja incompatível com a sã concepção popular sobre o justo e o injusto*.

Parece coincidir estreitamente com Mezger, mas, com extrema clareza, coloca que essa posição exigia — e se derivava — do cancelamento de toda distinção entre ética e direito: *neste princípio — escrevia — subjaz uma adoção de posicionamento sobre o problema da ética e o direito. Característico da praxe estatal do século XVIII era que a diferença entre ética e direito estava fora de discussão, por isso a teoria do direito natural da época exigia a prioridade da ética. O século XIX, certamente, não rompeu com esta prioridade, mas sim, através de Kant, introduziu uma forte separação de ambos, com o fórum externum e o fórum internum. O resultado foi uma exteriorização da teoria da culpabilidade, a sua psicologização formal e, finalmente, o favorecimento do autor por consciência. O Estado nacional-socialista desconhece fundamentalmente esta diferença*.

Acrescenta imediatamente: *na linguagem dos filósofos, a ética nunca é considerada pelo Estado de forma autônoma, mas heterônoma. Outras considerações poderão deduzir-se ante juízes supraterrrestres, mas, para o Estado, ética é ética do populismo*. Por estas razões, aderiria expressamente ao conceito de cegueira para o direito ou cegueira jurídica (*Rechtsblindheit*).

Aparentemente — embora não fique claro — construiria o dolo cego como uma espécie de dolo *natural* a que se acrescentaria a *culpa jurídica*, e citava Adolf Merkel, afirmando que *está ao alcance da mão a teoria de que o dolo é dolo do fato mais culpa jurídica (Rechtsfahrlässigkeit)*³⁵⁶.

Desse modo, Kohlrausch aderiria ao direito penal de vontade, embora não abjurasse, por isso, do conceito de bem jurídico, como propunham os de Kiel, mas sim sustentava que, em um direito penal de vontade, *os tipos de lesão deverão ser trocados por tipos de perigo*³⁵⁷.

Conforme essas premissas, defendia a fórmula de individualização da pena do projeto da comissão Gürtner, observando que, em todos os projetos anteriores ao dessa comissão, aumentavam-se as circunstâncias que deviam se considerar para a quantificação, mas, no fundo, nada era resolvido, à diferença do proposto no projeto Gürtner, no qual considerava que, claramente, tomava-se partido pelo direito penal de vontade e, por conseguinte, enunciava-se a fórmula segundo a qual *a pena deve corresponder com a culpabilidade do autor: Na quantificação da pena deve ser considerada a vontade criminal do autor; no agir culposos, a magnitude da sua ligeireza e da sua indiferença. Também se atenderá ao que requisitar a proteção da comunidade do povo, o perigo e o dano de que seja*

356. Eduard Kohlrausch, *op. cit.*, p. 396.

357. *Ibidem*. Das kommende Deutsche Strafrecht, *cit.*, p. 388.

*culpado o autor, como seu comportamento depois do fato*³⁵⁸.

4. A ILEGALIDADE EM SAUER

Wilhelm Sauer (1879-1962), aparentemente, teve algumas dificuldades com os nazistas, embora a sua filiação ideológica não deixasse dúvidas. É interessante a forma como reestruturou o conceito de ilegalidade, porque, no amplo debate sobre sua natureza *formal* (sustentada por Binding, Beling, Hippel, Frank, Nagler e outros) ou *material* (de Liszt, Alexander Graf zu Dohna e Max Ernst Mayer), afirmou que ambas as visões eram parciais.

Seu conceito da ilegalidade derivava da sua ideia de *tripartição do direito*, conforme a qual o direito *vivente* era tridimensional: abrangia a *vida* (realidade, acontecimento, movimento), a *forma* (forma, conceito, lei) e o *valor* (direção, ideia reguladora, sentido, objeto), sendo unilateral e insuficiente qualquer uma destas manifestações isoladas. Em consonância com essa tripartição, concluía que uma ação é antijurídica quando é *danosa para o povo* (periculosidade social), *contrária à norma* (ilegal) e *contrária à cultura* (censurável ético socialmente, chocante para o *são sentimento do povo*).

Sustentava, em seguida, que a ilegalidade requer as três condições, embora a primeira e a terceira (nocividade ao povo e contrariedade à cultura) podiam coincidir em tão alto grau que habilitassem a regra da analogia (§2 do código penal conforme a reforma de 1935)³⁵⁹.

Nesta reconstrução neokantiana conforme *valores nazistas*, é interessante a forma como Sauer concebia a relação da criminalização com a ilegalidade. A palavra alemã que se traduz como *tipo* (*Tatbestand*), em tradução literal, é *suposto de fato*. Em castelhano, e conforme a tradução consagrada, não é possível falar de um *tipo factual*, mas, em alemão, é bem possível referir-se a um *suposto de fato factual*, como anos antes Max Ernst Mayer tinha feito em seu *Tratado*. Seguindo esta distinção, diz que os *supostos de fato* são duplos: da *vida* e da *lei*. Para explicar melhor a sua tese, tomaremos a liberdade de chamar os primeiros de *atos reais* e os segundos de *figuras legais*.

Segundo esta distinção afirma que as *figuras legais* saem dos *atos reais*, porque o legislador deve tomar os últimos da vida (por sua nocividade social) e dar-lhes forma legal segundo os ditados da justiça, quer dizer que os tipos

358. *Ibidem*, p. 397.

359. Wilhelm Sauer, *Lebendes Recht und lebende Wissenschaft*, Tübingen, 1936, p. 29.

se dão primeiro na *vida* (como fatos reais danosos ao povo) e logo passam à lei (*figuras legais*) e a atividade do legislador para completar a ilegalidade do comportamento proibido deve ser de acordo com o fim orientador da justiça, que é o *são sentimento do povo*. Dizendo de uma maneira simplista, conforme este raciocínio, apenas quando o legislador observa que alguém mata a outro pensa no tipo de homicídio.

Sauer afirmava que, desse modo, propunha uma concepção *orgânico-sociológica* que, segundo ele, relacionava-se com o velho direito germânico, que deveria renovar-se para superar o direito romano recebido. *Ao partir da criminalidade como uma aparição da vida, o direito penal formal ganha para si uma parte vital, amplamente compreensível pelo povo, em especial, quando investiga fundamentalmente seu significado para a vida e da essência e do grau da criminalidade deriva a necessária reação da pena. Desse modo, resultará o conceito geral do delito, não determinado formalmente como injusto culpado, mas também materialmente, como ético-socialmente reprovável e danoso para o povo.*

Seguindo o seu raciocínio, afirmava que o direito penal assim concebido é o *direito penal da vida* que, como consequência de que a origem do tipo está no fato que o legislador recolhe em sua figura, resultará quando a nocividade e a contrariedade à cultura forem muito marcadas e o legislador não tiver recolhido este fato em sua figura, conforme o § 2 deverá fazê-lo o juiz, o que demandará uma guia que, indevidamente, leva ao *Führerprinzip*, para o qual não se deve entender que o *Führer* é só o máximo legislador formal, mas a imagem muda totalmente quando ela é olhada do lado da vida, que é de onde *emerge a vontade orgânica do Führer como a vontade vital da comunidade*³⁶⁰. Apesar da irracionalidade comum a toda a doutrina nazista é inegável o esforço de reconstrução conceptual tentado conforme os *novos valores*.

No mesmo texto — como bom neokantiano —, empreende-a contra a *escola de Kiel*³⁶¹, afirmando que quando Dahm³⁶² nega a distinção entre realidade e valor, impõe ao juiz ou à ciência a tarefa impossível de recolher diretamente todos os valores da comunidade, até os mais sólidos e sonoros. Termina dizendo que Dahm quer substituir todas as frases abstratas por ideias concretas tiradas da comunidade, mas se pergunta: *não são por acaso as novas frases de Dahm de novo “frases abstratas”? Todas as que nos apresenta*

360. *Ibidem*, p. 37.

361. Mezger encarregou-se desta tarefa em *Die Straftat als Ganzes*, em ZStW, 57, 1938.

362. Refere-se a *Verbrechen und Tatbestand*, de Georg Dahm (*op. cit.*), do qual nos ocupamos infra, VII, B.

são abstrações, enquanto o leitor espera valores concretos, realizações dos valores abstratos, aproximações do cumprimento das certamente justificadas exigências que o próprio Dahm propõe³⁶³.

C. A ESCOLA DE MARBURGO

1. UM NAZISMO RACIONAL?

Diante do ataque de Dahm e Schaffstein ao penalismo tradicional, que acomodava suas categorias aos valores nazistas, talvez a reação defensiva mais forte dos *tradicionais* tenha vindo de Erich Schwinge, cujas respostas foram conhecidas em seu tempo com o nome de *escola de Marburgo*³⁶⁴, a qual deu origem a uma forte disputa teórica com os de Kiel, que não preocupou o regime, pois não acarretou nenhum inconveniente aos de Marburgo³⁶⁵. Com segurança, os líderes consideraram que esta discussão ácida entre seus partidários era uma das habituais *lutas* no limitado *intragrupo penalístico*³⁶⁶. Além disso, é certa a observação de que, em suma, no plano político penal, *a doutrina da escola de Marburgo conduz aos mesmos resultados que a escola de Kiel e que o projeto oficial de reforma do código penal do Reich*³⁶⁷.

Nenhuma dúvida cabe a respeito da verdade deste juízo, embora se discutissem diferenças em questões dogmáticas menores.

Ocupar-nos-emos da *escola de Kiel* nos capítulos que seguem, mas é mister nos determos agora em Schwinge, porque, na realidade, a partir da crítica a uma doutrina penal, abandona a *aldeia penal*, com um discurso por completo original, que, ao criticar a posição romântica em que se apoiavam Dahm e Schaffstein — e apesar de que prudentemente são impostos

363. Wilhelm Sauer, *op. cit.*, p. 33, nota 2.

364. Quando foram publicados *Delito e tipo*, de Dahm, e *O delito como lesão ao dever*, de Schaffstein (*Verbrechen und Tatbestand*, de Dahm, e *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, de Schaffstein, ambos em Karl Larenz (ed.), *Grundlagen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlim, 1935, pp. 62 e 108, respectivamente), desde Marburgo atacaram essas posições Erich Schwinge e Leopold Zimmerl com *Essência e pensamento da ordem concreta em direito penal* (*Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, L. Röhrscheid, 1937), a que, por sua vez, responderam os de Kiel com a publicação *Método e sistema do novo direito penal* (*Methoden und System des neuen Strafrechts*, Berlim, 1938), que continha *A disputa metodológica na ciência penal atual*, de Dahm (*Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*), e *Ilegalidade e culpabilidade na estrutura do novo sistema do direito penal*, de Schaffstein (*Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem*).

365. Cfr. Thomas Vormbaum, *Einführung*, *op. cit.*, p. 189.

366. Erich Schwinge (1903-1994) dedicou-se ao direito penal militar, foi juiz em tribunais militares e condenou à morte numerosas pessoas, por isso, teve algumas dificuldades em sua atividade acadêmica depois da guerra.

367. Francisco Blasco e Fernández da Moreda, *As escolas de Kiel e de Marburgo, e a doutrina penal nacionalista*, *op. cit.*, p. 235 e ss (o título do artigo diz *nacionalista*, acreditamos que se trata de um erro de impressão porque não há razão, supomos que seja *nacional-socialista*).

limites—, passa a questionar a filosofia irracionalista que não só estava na base do direito penal e de todo o direito nazista, mas também no quadro ideológico do nazismo mesmo. Não obstante, longe de pretender sabotar o regime e suas irracionais leis penais, o curioso e original é que tenta resgatá-las do *racionalismo*.

Justamente, seu discurso quer demonstrar que pelo menos o *irracionalismo extremo* não é alemão, que seus cultores estão atentos a um pensamento estrangeiro, estranho ao *racionalismo* germânico. Por conseguinte, a sua crítica a Kiel vai além do resto dos advogados criminalistas da tradição teórica estratificada do delito: no fundo, Schwinge pretende dar *racionalidade ao nazismo*.

Em seu trabalho de 1935³⁶⁸, expõe extensamente estes pontos de vista, admitindo que a ideia de *totalidade*, que fundava a crítica de Kiel à teoria estratificada do delito (justificando sua teoria *unitária*), embora tenha tido importantes contribuições na psicologia, na biologia, na anatomia, na física, na linguística, etc., no período pós-guerra ocorreu uma *embriaguez de totalidade* (*Ganzheitsrausch*), que quase não deixou espaço para a investigação exata, sem levar em conta que a consideração conforme a *totalidade* não veda a análise das suas partes, cuja única forma de compreendê-las é justamente como *partes* da totalidade. Citando em seu favor Nagler e Engisch, afirmava que *nenhuma consideração como totalidade nos exime do dever de analisar*³⁶⁹.

Sustentava Schwinge que os de Kiel se baseavam em abstrações que não servem ao juiz para obter soluções. *As totalidades* — escreve — *que nos recentes escritos se enunciam como pontos diretores, são abstrações por completo vazias de conteúdo, das quais é impossível extrair uma concretização indubitável e segura*.

Citando Nagler, diz que Kiel expressa uma *inclinação ao não formado* (*Neigung zum Ungeformten*), contrapõe a forma ao relatório, a análise à impressão, entre outros, e afirma que a questão está em determinar qual destas duas possibilidades se ajusta melhor ao *sentimento jurídico do povo alemão*³⁷⁰. Responde que *o alemão exige clareza, precisão e limpeza lógica no direito. Para a pulsão psicológica que nele existe — valiosa em nossa vida comunitária —, é um horror tudo aquilo que careça de contornos, seja não formado e inapreensível no direito. De acordo com a visão alemã, pertencem ao direito as linhas precisas e os critérios gerais válidos que permitem decidir aquilo que é o lícito e o ilícito da*

368. Erich Schwinge, *Der Irrationalismus in der deutschen Rechtswissenschaft*, em *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1935.

369. *Ibidem*, p. 59.

370. *Ibidem*, p. 68.

lei e sem ser transferidos ao juiz. Neste sentido, a ideia do direito desempenha na estrutura anímica do alemão um papel dominante e pela sua essência característico. Por isso, Bismarck sentenciou que em matéria de direito para o alemão não há pequenezes. Isto é o resultado da longa história do secular desenvolvimento e refinamento do nosso sentimento jurídico popular. Sintetiza isto na fórmula *ser alemão significa ser claro*, e adiciona *façamos que esta expressão também seja realidade na ciência jurídica*³⁷¹.

2. O IRRACIONALISMO É ANTIGERMÂNICO?

Schwinge contrapõe a construção lógica dos conceitos jurídicos com a posição de autores que sustentam que em última análise só é possível determinar o justo e o injusto mediante uma espécie de “sentimento” ou “olhar” instintivo ou intuitivo, ou seja, o irracionalismo, cujo ingresso no direito é atribuído a Georges Sorel e que finalmente leva ao culto embriagado do bolchevismo³⁷².

Avança sobre o irracionalismo em todos os âmbitos: na teologia, aponta Rudolf Otto³⁷³, que afirmava que entre religião e racionalismo media uma oposição infranqueável; na medicina, a tendência à intuição e o tratamento total. Na filosofia, revisa Bergson, Dilthey, Simmel, Husserl e Klages como a filosofia da vida (*Philosophie des Lebens*). Faz síntese de Bergson: *a inteligência não é capaz de compreender a vida, só a intuição. A análise, a fragmentação, mata a vida, que só pode ser compreendida em sua totalidade com sua fluidez através da intuição*. Considera Dilthey irracionalista; Husserl, um introdutor de confusão; Spengler seria um predecessor e, como último nesta série, menciona Klages. É significativo que exclua Nietzsche do irracionalismo. Na ciência do direito, identifica como seguidores de Bergson os franceses Gény e Hauriou; na Alemanha, Kohler e Ludwig Bendix³⁷⁴. Lembra também Hermann Isay, quem sustentava que o juiz age por intuição, adota a posição de um sentimento de valor fundador imediato de um ato de fantasia, que é executado de modo totalmente alheio ao âmbito da lógica³⁷⁵. Ao citar franceses e judeus e excluir Nietzsche, implicitamente acusa os de Kiel de apoiar-se em teses

371. *Ibidem*, p. 69.

372. *Ibidem*, p. 09.

373. Foi um famoso teólogo luterano (1869-1837) e a obra que Schwinge cita é *Das Heilige – Über das Irrationale in der Idee des Göttlichen und sein Verhältnis zum Rationalen*, publicada em 1917.

374. Bendix era judeu e foi internado em um campo de concentração, até que lhe foi permitido imigrar à Palestina, de onde foi aos EUA e morreu em 1954. Acrescenta que Bendix agradecia aos partidos marxistas o material que lhe tinham fornecido para a luta contra o judiciário alemão e para o aprofundamento da chamada crise de confiabilidade na justiça (p. 14).

375. Refere-se ao livro de Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung* (1929), cujo autor também era judeu, da escola de direito livre de Kantorowicz, privado da cadeira de Direito civil em 1933 (p. 15).

estrangeiras ou de inimigos.

Lembra que Dahm sustenta que o neokantismo vê os objetos de fora, e o cita textualmente (*O núcleo do delito não é alcançável logicamente. Ao tipo legal corresponde um determinado tipo de autor que deve ser abrangido em sua essência, mas que não pode sê-lo só mediante considerações racionais adequadas a fim*) para cotejá-lo com Bergson e concluir que é claro que, com essa teoria do conhecimento, a futura valoração do texto da lei não é viável, porque o jurídico tampouco a lei o determinaria, mas sim a pretendida *visão essencial*, de modo que aquilo que fosse roubo a lei não o determinaria, mas sim resultaria da “essência das coisas” segundo os de Kiel.

Justifica Schwinge ter-se afastado tanto da aldeia penal, apontando que para decidir a respeito destas teses devem ser precisados os conceitos de racional e irracional, em que *subjaz principalmente uma expressão a respeito da via de acesso à verdade. Portanto, resulta racional aquilo que se pode conhecer pela via do pensamento lógico conceitual. Irracionais seriam todas as formas de conhecimento que acessam de outra maneira à verdade, por procedimentos que não são lógico indutivos (abrangeríamos intuitivo, global, sentimental da verdade). Se os conhecimentos adquiridos por estas vias não racionais são ou não interpretáveis logicamente é uma questão que se responde de diferente maneira*.

Com isto, quer dizer que inclusive o adquirido por intuição pode ser interpretado racionalmente e, voltando ao teólogo Rudolf Otto, lembra que se limita ao *sagrado*, sem excluir a razão de outros âmbitos, mas como não é razoável considerar *sagrado* (*heilige*) o direito penal, neste âmbito devem elaborar-se racionalmente os conceitos³⁷⁶: *a aplicação do direito e o tráfico vital não toleram nenhum resto irracional, exigem exatas linhas diretivas, e estas — como sempre se deve repetir — obtêm-se sempre mediante a dedução lógico conceitual, ou seja, mediante a razão*.

Rechaça a possibilidade de *conceber o dolo sem elemento subjetivo* a partir da tese fenomenológica segundo a qual os estados anímicos alheios só podem ser captados imediatamente por meio da intuição³⁷⁷, que leva a sustentar que são mais captáveis por um júri segundo íntimas convicções.

Aprofunda a sua análise citando Henri Pincairé no sentido de que o

376. *Ibidem*, pp. 21-22.

377. Na nota 98 indica tudo sobre Max Scheler. Cita seu apoio a Max Simoneit (1896 – 1962), psicólogo militar que afirmava que as instituições só podiam considerar-se como experiências prévias e que eram cientificamente inadmissíveis.

conhecimento avança tanto pelo método racional, seguindo passo a passo a lógica, como pelo intuitivo, em que a verdade aparece em forma de curto-circuito, considerando que ambos são necessários. Entretanto, observa que o conhecimento que surge por intuição para ser científico requer a prova da racionalidade, ou seja, requer ser verificado. *O risco é que estas intuições, sem verificação alguma, produto do aparente sustento que as crenças ou inclusive superstições podem lhe dar, elevem-se a “filosofias” e se imponham sobre as ciências. Este é o grande perigo que ameaça a ciência e a filosofia do lado do movimento intuicionista. Pelo contrário, deve sustentar-se que a intuição é somente uma ferramenta da invenção. A certeza só pode ser dada pela lógica. Para que a contribuição da criatividade intuitiva seja sã, deve estar preparada pelo pensamento e mediante este verificada e conduzida*³⁷⁸.

Esclarece que não imputa a Dahm por reconhecer a contribuição do intuicionismo, mas sim por negar toda regra geral e resolver caso por caso segundo a intuição, que responde ao sentimento. Insiste em que isto se afasta do *sentimento jurídico do povo alemão*, que reclama *penetração lógica do direito*. *Para o alemão, o importante é saber qual é seu dever e de modo nenhum a opinião pessoal de quem acidentalmente se sinta no lugar de juiz*³⁷⁹. *Este é o sentido que damos hoje ao conceito de segurança jurídica, em cuja forma é, para os alemães, um valor fundamental a que nunca terão que renunciar e que, por essa razão, também o novo Estado estende sua mão protetora*³⁸⁰.

Sustenta que ignorar este sentimento jurídico alemão leva a um regime como o bolchevique russo, que atribui a que a alma russa não o compartilha. Invoca a literatura para sustentar que o camponês russo nunca teve um sentimento de ordem e dever análogo ao alemão e que, por conseguinte, pode-se supor que montassem um sistema como o bolchevique³⁸¹.

Alerta, por último, talvez percebendo que estava afastando-se muito da *aldeia penal*, que não nega as contribuições do irracionalismo na arte, na música e inclusive na política, que não compartilha o racionalismo do Iluminismo, que as suas opiniões nada têm a ver com Descartes (*que artificialmente*

378. *Ibidem* p. 31.

379. *Ibidem*, p. 34.

380. Apoiando-se em sua tese, cita na nota o trabalho de Hermann Göring *Die Rechtssicherheit*, cit. *supra*, e as afirmações de Otto Koellreutter em *Deutsches Verfassungsrecht*, 3ª ed. Berlim, 1938, de acordo com a qual *não é qualquer externalização da vontade política da condução que é lei no Estado Nacional Socialista, mas apenas aquelas que são sancionadas e publicadas na forma de legislação. Lei em sentido formal está no Estado Nacional Socialista, que tem na forma de legislação a vontade política de dirigir*.

381. *Ibidem*, p. 36.

fecha os olhos ante a vida) nem com Kelsen (*que, em sua teoria pura do direito, exclui todo material empírico*), mas só vai de encontro a quem pretende *substituir o estabelecimento das doutrinas científicas por meio da prova lógica, com a intuição, o sentimento, a visão, entre outros*³⁸². Embora admita o nacionalismo, esclarece que sua contribuição *deve ser limitada no trabalho da ciência, o que, se não for considerado, talvez nunca possa consertar os danos causados*.

Vale a pena reparar no discurso de Schwinge, porque talvez expresse algo que outros não dizem tão claramente: admite o irracionalismo na base da decisão política (o *Führerprinzip*, é obvio), mas a elaboração teórica posterior requer conceptualização racional.

No fundo, não se trata mais que de *graus de romantismo*. Todo romantismo acessa por intuição a um princípio absoluto ou infinito, mas alguns o desenvolvem em seguida logicamente, por isso, são considerados com frequência *racionalistas*, como a maioria dos historiadores da filosofia fazem até hoje com Hegel e os hegelianos. Outros levam o romantismo até o extremo e seguem *reinventando de forma contínua* seu respectivo princípio *infinito*, que são os que a maior parte dos historiadores chamam de *românticos em sentido estrito*. Isto último é aquilo que Schwinge quer evitar. Em suma, no caso do romantismo nazista, há a impressão de que Schwinge expressa claramente que o neokantismo prefere um delírio bem sistematizado a outro em permanente criatividade delirante.

3. ANALOGIA, MAS NÃO MUITA

O outro representante da chamada *escola de Marburgo* foi Leopold Zimmerl, quem, assim como Schwinge, enfrentava a pretensão de conceber o delito como violação do dever e prescindir do bem jurídico, embora — é claro — reinterpretando o conceito de bem jurídico com sua correspondente adaptação aos valores nazistas.

Em sentido análogo a Schwinge, expressava Zimmerl que o *nullum crimen sine lege* não tinha sentido no Estado nacional-socialista por provir da ideologia liberal, mas, não obstante, alertava a respeito da importância que esse princípio tinha como garantia da vontade punitiva do Estado, quer dizer, no sentido de Binding e do fascismo em relação à legalidade.

Considerava que a redação do § 2 não se remete só ao *são sentimento*

382. *Ibidem*, p. 41.

do povo, pois, neste caso, tornaria o juiz um legislador, quando, na realidade, mantinha a supremacia do legislador e a vontade do juiz submetida a este, dando mais um passo para a introdução de conceitos materiais sobre o mero sentido literal das palavras da lei que vinha sendo produzido: *a teoria da ilegalidade material, o reconhecimento de causas supralegais de exclusão de pena, a fundamentação de uma culpabilidade normativa, são todos dados que o provam*³⁸³.

Zimmerl rechaçava, assim como Schwinge, a possibilidade de que o juiz resolvesse arbitrariamente: sustentava que o § 2 mantinha o juiz vinculado à *ideia fundamental de uma lei penal*, pois faltando este vínculo, o juiz não poderia fazer livre aplicação do *são sentimento do povo*. Acrescentava que a função legislativa própria dos parlamentos *conserva valor com diferente inspiração no Estado nacional-socialista. Também aqui o legislador mantém prioridade sobre o juiz, cujo fundamento se encontra na ideia do Führer. O legislador tem em relação ao juiz a posição de um Führer superior*³⁸⁴.

Dentro da discussão dogmática desses anos, a posição de Zimmerl é interessante, porque percebe que a ignorância completa do *nullum crimen* também prejudica a vontade punitiva do Estado, e tenta evitar esta consequência por meio de uma limitação conforme o requerimento legal da vinculação com a *ideia fundamental de uma lei penal*. Resolve bastante bem dentro do esquema geral autoritário: o juiz fica vinculado à lei em seu aspecto repressivo, e pode substituir o legislador, mas apenas para esgotar a vontade punitiva legalmente expressa. Em alguma medida, parece coincidir — guardadas as distâncias — com a opinião de Binding, quando afirmava que o juiz culminava a obra do legislador.

383. Leopold Zimmerl, *Zur Auslegung des § 2 StGB*, em *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlin-Leipzig, W. de Gruyter, 1936, pp. 172 e ss., 177.

384. *Ibidem*, p. 174.

Capítulo VI

KIEL: PROTAGONISTAS E IDEIA CENTRAL

A. OS PENALISTAS DE KIEL

1. O QUE FOI A ESCOLA DE KIEL?

Houve um conhecido acampamento onde se reuniam os jovens juristas identificados com o nacional-socialismo, costume que logo seguiram com o propósito de fomentar a camaradagem e suprimir o trato formal tradicional na vida universitária alemã, difundindo o tratamento por “você ou tu”, nada comum entre acadêmicos da época. Como parte desta preparação do *Think-Tank* jurídico do nacional-socialismo, é mencionado o acampamento de Kitzberg para jovens docentes de direito (*Kitzeberger Lager für junge Rechtslehrer*), de que participavam docentes privados (equivalente aos nossos *adjuntos*), que aspiravam a acessar à posição de professores *ordinários* (catedráticos).

O regime nazista propôs liberar-se dos professores tradicionalistas, para renovar a doutrina jurídica conforme seus objetivos políticos. Otto Thierack postulava, como objetivo, *eliminar os velhos docentes congelados e estabelecer um alto centro nacional-socialista*. Para isso, valeu-se da universidade de Kiel, uma pequena universidade de fronteira (*Grenzlanduniversität Kiel*) para concentrar os jovens professores nazistas. Desse modo, em Kiel se formou uma faculdade de *força de choque jurídica*, uma *Stoßtrupp Fakultät* (faculdade pelotão de assalto) dedicada à renovação do direito conforme a ideologia nacional-socialista³⁸⁵.

Embora se diga que o projeto não teve grande sucesso, pois a *Kieler Schule*, como tal, durou pouco, não era homogênea, houve algumas divergências entre seus membros e, a partir de 1937, seus integrantes foram chamados para diferentes universidades³⁸⁶, este juízo é algo duvidoso.

Na realidade, a Universidade de Kiel tinha sido até esse momento um centro acadêmico pequeno e fronteiriço, onde tinham podido acessar

385. Cfr. Bernd Rüthers, *op. cit.*; Jörn Eckert, *Was war die Kieler Schule?*, em Franz Jürgen Säcker, *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Baden-Baden, 1992; Jörn Eckert, *Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät - Stoßtruppfakultät*, em Heribert Ostendorf e Uwe Danker (eds.), *op. cit.*, p. 21 e ss.

386. Cfr. Georgia Stefanopoulou, *Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung*, em *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* (JoJZG). Hrsg. Thomas Vormbaum, Hagen, 2010, Heft 3.

às cadeiras professores que não haviam sido chamados para universidades maiores, principalmente porque suas ideias republicanas ou democráticas não eram compatíveis com a generalizada tendência reacionária que provinha do império e que formava parte do quadro ideológico desses anos. Quando o nazismo chegou ao poder, não perdeu tempo, rapidamente suprimiu toda autarquia no controle universitário, pôs todas as universidades sob a autoridade direta do ministério e, imediatamente, procedeu a destituir todos os professores judeus e a fazer o mesmo ou forçar a aposentadoria dos que considerava não identificados com seus objetivos políticos. Desta forma, surgiu um importante número de vagas em Kiel, que foi, na prática, uma universidade pioneira na tarefa de *depuração* nazista, o que permitiu concentrar ali os jovens juristas ávidos de ascender a catedráticos.

A dúvida a respeito de se este projeto foi um sucesso ou um fracasso depende de como se interprete seu objetivo. De fato, se se pensa que se pretendia formar um corpo de doutrina jurídica para difundi-lo nas universidades maiores, é óbvio que isto não se obteve.

Não obstante, cabe suspeitar que não era este o propósito, mas o plano de *Stojstrupp Fakultät* era permitir acessar à condição de *ordinários* (catedráticos) a estes jovens, para que logo se dispersassem pelas universidades maiores, o que, de fato, aconteceu, pois, por volta de 1938, ocorreu um verdadeiro final da *Kielerschule*, quando os jovens, já com o grau de *ordinários* rapidamente obtido, partiram. Este plano seria completado com a difusão dos seus trabalhos, toda vez que, além da revista *Deutsche Rechtswissenschaft (DRW)* — fundada por um grupo nazista —, rapidamente se alinharam ao regime a *Deutsche Juristenzeitung* e o *Juristische Wochenschrift*³⁸⁷. Neste segundo sentido, não pode afirmar-se que a *Kielerschule* não tenha tido certo sucesso, especialmente com a projeção de juristas desta corrente como o constitucionalista Huber, o civilista Larenz ou os mesmos advogados criminalistas, como Dahm e Schaffstein.

O artífice político do projeto da *Kielerschule* foi o jovem e ativo acadêmico Karl August Eckhardt³⁸⁸, quem escalava posições no regime e mantinha estreito contato com Himmler. Dadas suas crescentes ocupações, não podia dedicar todo seu tempo à universidade, por isso Georg Dahm, aos trinta e um anos, foi nomeado reitor de Kiel e permaneceu no cargo de 1935 até 1937.

Como consequência das lutas habituais de poder internas do nazismo,

387. Bernd Rühlers, *Entartetes Recht*, cit., p. 48.

388. Karl August Eckhardt (1903 – 1979) era historiador, professor em várias universidades, até que, depois de 1945, foi separado das suas funções, embora tenha continuado a cargo de uma obra histórica monumental.

a estrela de Eckhardt foi ofuscada —inclusive com uma decisão direta de Hitler— e, embora tenha continuado sem problemas na atividade acadêmica, Dahm foi destituído do cargo de reitor³⁸⁹.

2. DAHM E SCHAFFSTEIN: SEUS PRIMEIROS PASSOS

Quando é mencionada no direito penal a *escola de Kiel*, a referência é aos dois advogados criminalistas que ensaiaram a teoria *unitária* do delito e que enfrentaram os discípulos ou seguidores mais ou menos heterodoxos dos protagonistas da chamada *luta de escolas* precedente: Georg Dahm (1904-1963) e Friedrich Schaffstein (1905-2001), erroneamente assinalados, muitas vezes, como os únicos advogados criminalistas do nazismo. Para compreender melhor a época e o sentido da discussão dogmática desses anos, é mister reparar na história de vida destes dois protagonistas.

No *Anuário de História Jurídica Contemporânea* editado por Thomas Vormbaum, Hans Hattenhauer deu a conhecer em 2006 um escrito póstumo de Schaffstein em lembrança a Dahm, que, por muitas razões, é extremamente interessante, em especial para recriar a época e aproximar-se das vivências dos autores³⁹⁰.

Dahm nasceu em 10 de janeiro de 1904 em Altona, que naquele momento não pertencia a Hamburgo, mas à província de Schleswig-Holstein. Devido a dificuldades econômicas posteriores à morte do seu pai, estudou em Tübingen, em Hamburgo e, finalmente, em Kiel. Graduou-se com uma tese sobre a participação³⁹¹. Começou a sua formação como discípulo de Gustav Radbruch, quem apadrinhou o seu trabalho de habilitação de 1931 sobre o direito penal italiano na baixa Idade Média³⁹², no qual analisou os estatutos das cidades italianas do século XIII ao XV além da doutrina dos pós-glosadores, embora deixasse fora a do século XVI. Não se descarta que

389. Cfr. Jörn Eckert, *Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät* -, cit.; sobre Kiel, também, Thomas Vormbaum, *Einführung*, cit., p. 149; Eric Döring, *Geschichte der juristischen Fakultät 1665 – 1965*, em *Geschichte der Christian-Albrechts-Universität Kiel 1665-1965*, t. III., primeira parte, Neumünster, K. Wachholtz, 1965.

390. Friedrich Schaffstein, *Erinnerungen an Georg Dahm*, em *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, vol. 7 (2005-6), Institut für Juristische Zeitgeschichte Hagen, ed. por Thomas Vormbaum, Berliner Wissenschafts. Na apresentação, Hans Hattenhauer explica que, em 1995, solicitou a Schaffstein este documento, que este aceitou liberar com a condição de que, sem a sua autorização, não se publicasse até depois da sua morte, desculpando-se por algumas inexatidões, pois Dahm havia morrido trinta e dois anos antes e Schaffstein tinha, nesse momento, noventa anos, Jörn Eckert encarregou-se da publicação, mas não pôde concretizá-la devido a que faleceu em 21 de março de 2006, por isso o fez Hattenhauer, em consideração à importância do testemunho.

391. *Täterschaft und Teilnahme im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches: Ein kritischer Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als ein Problem der Gesetzgebung*.

392. *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin u. Leipzig. 1931.

tenha recebido alguma indicação de Hermann Kantorowicz (1877-1940), que tinha escrito um livro sobre Gandinus³⁹³ e ao que logo substituiu na cadeira de Kiel, quando este tinha sido destituído por ser judeu.

Dahm e Schaffstein se conheceram no outono de 1931 em Essen, em uma reunião da Associação Internacional de Direito Penal. É curioso, mas foram apresentados por Max Grünhut (1893-1964), professor em Jena e logo exilado pelo nazismo em Grã-Bretanha.

Schaffstein tinha nascido em Göttingen em 1905, filho de um acadêmico. Estudou em Göttingen e em Innsbruck, e se graduou na primeira universidade com Robert von Hippel em 1928, com uma tese sobre a culpabilidade no direito comparado³⁹⁴. Habilitou-se também com von Hippel em 1930 com um trabalho sobre a teoria do delito no direito comum alemão³⁹⁵. Ao investigar este tema, familiarizou-se com a obra dos juristas da Carolina até o Iluminismo, incluindo os italianos, que haviam tido importância de destaque no direito comum alemão, tendo seu trabalho, assim, conexão com as investigações de Dahm.

Ambos os advogados criminalistas coincidiram rapidamente em que dissentiam dos seus respectivos professores, que eram discípulos de Franz von Liszt, embora Radbruch fosse um ativo socialdemocrata e Robert von Hippel (1866- 1951) um nacionalista liberal, conservador em matéria penal. De qualquer forma, os então jovens advogados criminalistas concordavam com a necessidade de reafirmar a autoridade do Estado por meio do direito penal, embora nesse momento não se manifestassem nazistas, mas sim se interessavam pelas teorias de Carl Schmitt e se inclinavam por tendências conservadoras como a de Alfred Hugenberg, líder do partido conservadora popular, quem, no início, foi ministro de Hitler, porém foi defenestrado em 1934.

Como é sabido, a reação de direita contra a república de Weimar não foi homogênea, mas sim, prescindindo de detalhes, pode afirmar-se que derivou em duas grandes correntes: uma conservadora e mais ou menos nostálgica da aristocracia guilhermina ou imperial, e outra mais marginal ou do populismo (*völkisch*), que, no final, terminaram em Gral. Kurt von Schleicher e Adolf Hitler, respectivamente. Tanto Carl Schmitt como estes jovens advogados

393. *Gandinustextes*, 1921; *Albertus Gandinus: Schriften und Leben*, 1924; *Studien zum altitalienischer Strafprozeß. I. Bologneser Strafprozeßordnung von 1288; II. Der Tractatus de tormentis*, 1924.

394. *Die Behandlung der Schuldarten im ausländischen Strafrecht seit 1908*.

395. *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Germanen Strafrechts*.

criminalistas simpatizavam inicialmente com a primeira corrente, mas passaram logo à *völkisch* quando esta mostrou sua maior capacidade de poder. Para evitar toda dissidência no bando da direita extrema, Hitler se encarregou de eliminar fisicamente a von Schleicher na *noite das facas longas*.

De algum jeito, Schaffstein descreve este processo quando lembra que Dahm se inclinava pelos partidos conservadores de Franz von Papen (1879-1969) e Kurt von Schleicher (1882-1934), tendo ficado um pouco fora do jogo depois da separação do primeiro (quem, entretanto, seguiu servindo diplomaticamente a Hitler) e do assassinato de von Schleicher. Não obstante, em 1933, Dahm filiou-se ao partido nazista, conforme diz com a esperança de que as coisas mudariam, que considerava compartilhada por muitos intelectuais jovens desse momento.

Embora Dahm fosse docente privado na Universidade de Heidelberg e Schaffstein na de Göttingen, a partir desse encontro em Essen começaram a encontrar-se e em 1932 empreenderam juntos uma viagem à Itália — que Dahm visitava pela primeira vez — e, aparentemente, no curso desta visita teve origem a ideia de dar forma ao escrito, *Direito penal liberal ou direito penal autoritário?*, que teria estado quase terminado no outono de 1932, quando ocorreu em Frankfurt uma sessão da Associação Internacional de Direito Penal da qual ambos participaram.

Graf Wenzeslaus von Gleispach (1876-1944) era um decidido nazista, professor em Viena que passou a Berlim para ocupar a cadeira vaga pela expulsão de James Gosldschmidt. Foi quem, nessa reunião de Frankfurt, pronunciou um discurso procurando delinear um programa penal nacional-socialista. Isso catalisou uma divisão entre os assistentes, dando origem a uma minoria dos *jovens* — da que faziam parte Dahm e Schaffstein — contra os *velhos*, que — segundo Schaffstein — não levaram muito a sério a sua intervenção. Entre os *velhos* estavam Eberhard Schmidt, Gustav Radbruch, Eduard Kohlrausch, Alexander Graf zu Dohna, diante dos quais expuseram alguns parágrafos do escrito comum de rápida publicação, que chamavam de seu *Kampfschrift* (escrito de luta).

Em anos posteriores, atribuiu-se oportunismo político a ambos. No período pós-guerra, Schmidt expressou um contundente juízo crítico sobre o Dahm em sua história do direito penal alemão³⁹⁶. Schaffstein se defende

396. Schmidt descreve a intervenção de Dahm e Schaffstein no encontro do grupo nacional alemão da União Internacional em Frankfurt, que ocorreu em 12 e 13 de setembro de 1932, sendo a última reunião do

em seu escrito póstumo, baseado em que: *Direito penal liberal ou direito penal autoritário?* foi publicado na primavera de 1932, antes de que Hitler fosse convocado ao poder por Hindenburg e, além disso, contrariando a opinião da grande maioria das autoridades universitárias. Também rechaça a acusação de pretender escalar posições universitárias, baseado em que tanto Dahm como ele mesmo — assim como Huber, Larenz e os outros colegas nomeados em Kiel — eram docentes privados e, portanto, estavam na carreira universitária, por isso, seu chamado como professores ordinários — catedráticos — era regular e esperado, embora tenhamos visto antes as condições em que se operou este chamado segundo os historiadores alemães atuais.

Schaffstein afirma que as relações com os representantes do partido nesse tempo eram formais e até de certa desconfiança recíproca. Acreditamos que, em algum sentido, Schaffstein tinha razão, mas, em outro, corresponde concedê-la a Eberhard Schmidt. O esforço teórico destes autores e a ruptura com seus professores não podem ser considerados oportunistas quanto à sinceridade ideológica: *eram reacionários convencidos até a medula*. Em avançada idade, Schaffstein dedicou algumas frases a desculpar seu erro, mas nada mais. Não improvisaram um discurso para escalar posições e, além disso, também é verdade que não detiveram cargos políticos, embora não saibamos se isso se deveu à incapacidade de lidar com as intrigas internas do nazismo.

De qualquer modo, independentemente de suas possíveis ambições, insistimos em que não pode afirmar-se que fossem *oportunistas* no que concerne à sua ideologia. Cabe lembrar que, no muito citado *escrito de luta*, ambos os autores faziam referência aos valores tradicionais encarnados na nação, mas ainda não tinham assumido por inteiro o ideário nacional-socialista. Embora postulassem um Estado autoritário, pareciam não ter ainda bem clara a ideia que o distinguia do *fascismo italiano*, que — como vimos — expressou Dahm posteriormente. Ou seja, em 1932, ainda não tinham estreitado o contato direto com Carl Schmitt, por isso, seu *pensamento concreto* não aparece claro, e as três formas do pensamento jurídico são desenvolvidas pelo *Kronjurist* do primeiro nazismo em 1934, dois anos após a publicação deste trabalho. Tampouco se observam as ideias que logo completariam o quadro do ideário nazista.

Embora se tratasse, em 1932, de um pensamento profundamente reacionário e movido pela instauração de um Estado autoritário, que expressava

grupo (Eberhard Schmidt, *op. cit.*, p. 419).

um conservadorismo extremamente forte, ainda lhe faltavam os elementos que foram incorporando e arredondando nos anos sucessivos.

Tudo o que se disse não evita que a fulminante ascensão universitária de ambos os autores seja chamativa e em especial, seu rápido chamado à cadeira ordinária e, quanto a Dahm, sua designação como reitor, talvez o mais jovem de toda a história universitária recente.

Conta Schaffstein que, pouco antes do Natal de 1932, foi convidado com Dahm à casa de Radbruch em Heidelberg, onde seu professor se manifestou contra suas ideias, embora tenha se mantido um trato cordial, mas suspeitou sempre que Radbruch atribuía a sua influência o afastamento do seu discípulo Dahm das suas ideias, o que Schaffstein rechaça, sustentando que as posições de Dahm a respeito eram muito firmes ao momento de conhecer-se.

Em sua *memória*, Schaffstein atribui seu chamado a Kiel — coincidente com o dos docentes privados Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz, Karl Michaelis e Wolfgang Siebert — devido ao número de vagas que havia nessa universidade e a que o nacional-socialista Jens Jessen (1895-1944) — que acabou sendo executado por participar do frustrado atentado a Hitler — nesse momento, era diretor do *Instituto de Economia Mundial e tráfico marítimo* e queria reunir na Faculdade um grupo de jovens politicamente homogêneo. Como vimos, o número de vagas devia-se às destituições de professores.

3. KIEL E OS ANOS POSTERIORES

Schaffstein relata, de um modo muito particular, seu passo a Kiel: conta que, quando estava em Leipzig como docente privado, havia sido objeto de uma denúncia política — cujo conteúdo não explica — e, com esse motivo, haviam-no convocado ao ministério em Berlim, onde recebeu a ordem de aceitar a cadeira de Kiel, não tendo escolha a não ser assumi-la, embora expresse que seu interesse era permanecer em Leipzig. Assim, permaneceu em Kiel de 1935 até 1941, quando foi transferido a Estrasburgo.

Schaffstein lembra que ministrou com Dahm um seminário sobre a Carolina junto com o historiador do direito Eugen Wohlhaupter, germanista que provinha do conservadorismo católico. Segundo Schaffstein, era admirável a intensa atividade de Dahm nesses anos, pois formava parte da Comissão de reformas penais, era reitor e não deixava de cumprir as suas obrigações acadêmicas. Cabe observar que ambos eram extremamente jovens para essas funções.

Dahm foi reitor durante dois anos, até ser substituído pelo teórico

do Estado Paul Ritterbusch, que ocupou o cargo até 1941. Esta mudança é lamentada por Schaffstein, quem diz ignorar os motivos reais, mas acredita que não foi bom para a universidade³⁹⁷. Como vimos, os motivos foram o ocaso do artífice do projeto, Karl August Eckhardt e o consequente avanço do grupo de Hans Frank como *Kronjurist*.

Como resultado dessa investida de Frank, deu-se início àquilo que se chamou de *Aktion Ritterbusch*, um programa destinado a planejar o destino da Europa depois da guerra. Os nazistas acreditavam que as ocupações não deviam limitar-se à superioridade bélica, mas também esta devia relacionar-se com uma superioridade intelectual, e, para isso, mobilizaram uns quinhentos acadêmicos³⁹⁸. Como é natural — dado que a manobra respondia à ascensão de Frank na luta interna do regime — nenhum dos dois advogados criminalistas foi mencionado neste projeto, embora tenha havido umas referências posteriores em Estrasburgo. A verdade é que, na etapa de Kiel, ficaram um pouco marginados pelo avanço dos seguidores de Hans Frank, sem ser clara a razão pela qual Schaffstein omite este dado, embora não caiba descartar que sua memória tenha falhado.

Aparentemente, Dahm era um homem simpático que transmitia confiança muito rapidamente, o que em alguma medida explica por que lhe foi confiada a reitoria de Kiel sendo tão jovem e por que, além disso, em todas as universidades pelas quais passou, muito rapidamente atribuísssem a ele funções diretivas: foi vice-reitor em Leipzig e em Estrasburgo e — depois da guerra — reitor na universidade paquistanesa em Dacca.

A filiação de Dahm ao partido nazista em 1933 determinou a ruptura definitiva com Radbruch, já aposentado forçadamente pelo regime, que a considerou uma traição. Nunca mais quis Radbruch retomar contato com Dahm, nem sequer no período pós-guerra, apesar deste ter enviado mensagens que cabe supor que Radbruch deixou sem resposta.

Nos anos de Kiel, ambos os autores participaram ativamente da comissão de reformas penais. Esta comissão havia sido criada no início do século XX e era quase permanente, embora seus membros mudassem conforme os

397. Cabe lembrar que Ritterbusch era um personagem afim com Hans Frank, pois formou parte da Academia presidida pelo *Führer* do direito, por isso, não podia ser simpático com aqueles que trabalhavam com Gürtner, como Dahm. Ritterbusch teve destacadíssima atuação até o final da guerra e suicidou-se ante a iminência da derrota (cfr. Bernd Rürhens, *op. cit.*, p. 42).

398. Cfr. Luca Nogler, *Corporatist Doctrine and the "New European Order"*, em Christian Joerges e Navraj Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford, Hart, 2003, p. 275 e ss.

governos. Nos tempos do nazismo — como falamos —, funcionava sob a presidência do ministro da justiça Gürtner. Dahm fazia parte desta comissão desde 1933 e, em 1935, incorporaram-se Schaffstein e Heinrich Henkel. Também a integravam Mezger, Gleispach, Nagler e Kohlrausch; entre seus membros preponderavam aqueles que criticavam as posições dos de Kiel.

O ministro Gürtner — assim como os advogados criminalistas de Kiel — provinha dos partidos conservadores, apenas tardiamente filiou-se ao partido nazista e, como vimos, opunha-se a Hans Frank. Seu assessor era Hans von Dohnanyi (1902-1945), casado com a irmã do teólogo Dietrich Bonhoeffer, posteriormente defenestrado e, no fim, executado pelos nazistas em 1945 junto com seu cunhado. Vimos também que a morte de Gürtner está cercada de suspeitas.

Schaffstein conta que, no trabalho na comissão, havia reforçado uma amizade com von Dohnanyi, e que se perguntavam como Gürtner podia permanecer no governo. Não obstante, na realidade, Gürtner tinha legitimado — e continuou fazendo-o — terríveis leis nazistas. Schaffstein se desculpa explicando que, nesse momento, pensavam que os crimes que se cometiam eram como um sintoma de enfermidade infantil, próprios do início de uma mudança revolucionária. De qualquer maneira, não esquece assinalar que Dahm sempre mantinha uma prudente distância de Roland Freisler. Como vimos, Hans Frank e Rudolf Hess conseguiram que o projeto não fosse sancionado e, quanto à distância em relação a Freisler, sempre foi uma defesa de pós-guerra de todos os integrantes da comissão.

É muito interessante o relato de Schaffstein sobre a relação de ambos com Carl Schmitt nesses anos, dado que é notória a influência deste nas teorizações de ambos os advogados criminalistas e, além disso, Schmitt também provinha dos mesmos segmentos conservadores que Dahm, tendo sido — nos bastidores — conselheiro do Gral. von Schleicher quando este foi o último chanceler prévio a Hitler.

Schaffstein admite que tanto ele como Dahm estavam impressionados pelos trabalhos de Schmitt, principalmente as suas *Três formas do pensamento científico-jurídico*³⁹⁹, razão pela qual o visitavam em sua casa em Berlim desde 1933. Em sua *memória* póstuma, Schaffstein manifesta que em ambos provocava repulsa seu racismo e seu antissemitismo radicais e — em especial — sua convocatória ao congresso de 1936, o que considera como uma *inqualificável*

399. Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934.

agressão (*unqualifizierte Angriffe*) contra os juristas judeus.

A verdade é que, embora Dahm e Schaffstein não tenham participado desse congresso, não se afastaram de Schmitt, e, *prescindindo do seu antissemitismo*, este exerceu uma notória influência sobre Dahm, especialmente, com a sua ideia do *pensamento da ordem concreta* (*konkreten Ordnungsdenken*) contra o *pensamento da separação ou fragmentação*, considerado liberal (e, por Schmitt, também *judaico*). A partir disso, tomaram ambos a ideia da unidade do delito no plano dogmático; Dahm, empreendendo-a principalmente contra a separação de criminalização e ilegalidade, e Schaffstein, contra a de ilegalidade e culpabilidade, dando origem ao debate com os de Marburgo, antes mencionado.

Em relação aos seus críticos da época, principalmente Schwinge e Zimmerl, afirma Schaffstein que *provinham da velha escola dogmática* e que sua crítica *tinha um tom político*. Esta desqualificação, que parece escapar ao autor em 1995, seria a reiteração de uma velha imputação que — como já falamos — pode ter influenciado na posterior confusão a respeito da polêmica, pois, em última instância, assinalaria que, na sua opinião, os de Marburgo não eram suficientemente nazistas.

Embora expresse que tanto ele como Dahm tiveram a suspeita de que a denúncia contrária a ele em Leipzig possa ter-se dado por influência de Schmitt, parece que ambos interromperam as suas relações com este assim que perdeu seu prestígio. Como já falamos⁴⁰⁰, Schmitt estava escalando rapidamente posições no regime e o congresso de 1936 pareceu ser uma excessiva atuação e muito forte, o que facilitou a tarefa de Hans Frank, que conseguiu que fosse defenestrado dos seus cargos oficiais, por isso Schmitt, sem abjurar absolutamente das suas ideias, limitou-se no sucessivo à atividade acadêmica e de investigação. Schaffstein demarca que depois da queda de Schmitt em virtude destas lutas internas do nazismo, interromperam seus contatos, sem oferecer nenhuma explicação a respeito.

Ao espalharem-se os protagonistas de Kiel, Schaffstein foi chamado a Göttingen como ordinário em substituição de Richard Honig, enquanto Dahm foi chamado a Kiel em substituição de Kantorowicz, ambos destituídos pelo regime nazista. Em seguida, foi para Leipzig, onde rapidamente foi vice-reitor, na reitoria de Helmut Berve (1896-1979), que era um historiador racista e antissemita, embora não fizesse especial amostra dessas ideias⁴⁰¹.

400. V. *supra* II, B. 2.

401. Cfr. Christhard Hoffmann, *Juden und Judentum im Werk deutscher Althistoriker des 19. und 20. Jahrhunderts*, Leida, 1988, p. 271.

Seu colega catedrático de Leipzig nesse momento era Eberhard Schmidt, com quem parece que manteve relações pelo menos não conflitivas, embora tenhamos visto que Schmidt os criticou fortemente no período pós-guerra. Dahm o recriminou em uma extensa carta de 4 de fevereiro de 1948⁴⁰², argumentando que Schmidt tinha guardado silêncio durante toda a sua permanência em Leipzig. Suspeitamos que Schmidt tenha suportado com paciência seu colega dos anos de Leipzig e que seu silêncio deve ter sido apenas o preço da sua vida, além de algumas possíveis inexactidões da sua avaliação posterior a respeito dos trabalhos de Kiel.

Em 1939, Schaffstein — não obstante ser decano da faculdade de direito de Kiel — foi chamado às filas, e não Dahm, que tinha três filhos e, além disso, era vice-reitor de Leipzig. Posteriormente, ambos foram chamados a Estrasburgo, quando a Alsácia caiu em poder dos alemães e os professores franceses deveram partir ao exílio. Dahm, rapidamente, também foi vice-reitor da *Reichsuniversität Strasbourg*.

É bastante ambígua a explicação de Schaffstein, pois, embora reconheça que, nessa universidade, renovava-se a ideia de criar uma elite intelectual nazista, afirma que isso não afetava a faculdade de direito, mas a verdade é que Dahm era vice-reitor da universidade. Na sua opinião, nesse tempo, pensava-se que a Alsácia seria finalmente alemã ou que, no mínimo, ao término da guerra, haveria um pacto a respeito. De qualquer maneira — como falamos antes —, a ideia de gerar um corpo que programasse a ocupação intelectual da Europa no período pós-guerra havia se deslocado, em boa medida, para Estrasburgo, projeto que desmoronou a partir da derrota na frente russa, o que deu origem ao surgimento da resistência alsaciana contra a ocupação nazista, em que participavam estudantes.

O refúgio na faculdade de direito e na ciência jurídica não pode ocultar por completo as atrocidades que Schaffstein não menciona, mas que não podiam desconhecer-se no âmbito da universidade. De fato, nos tempos em que Dahm era vice-reitor, existia na universidade um museu com os crânios de judeus que Mengele e outros *médicos malditos* enviavam dos campos de concentração. August Hirt (1898-1945) dirigiu esse assustador instituto desde 1941; em 1945 conseguiu fugir dos aliados e desaparecer para sempre, embora se diga que tenha se suicidado antes de que o capturassem. Seu objetivo era colecionar crânios e esqueletos para que as futuras gerações tivessem

402. É publicada como apêndice do escrito de Schaffstein.

um testemunho da raça judaica uma vez extinta.

Em 1943, Schaffstein foi reincorporado à *Wehrmacht*, enquanto Dahm permaneceu na universidade fazendo parte, desde 1943, do tribunal especial (*Sondergericht*) estabelecido em Estrasburgo para julgar os membros da resistência alsaciana; mas, segundo Schaffstein, não determinou nenhuma sentença de morte, por isso, não foi submetido a juízo no período pós-guerra. Assinala que Adalbert Erler (1904-1992) — um conhecido historiador do direito — em suas aulas, expressou-se imprudentemente contra o regime e parece que Dahm contribuiu para que isso não tivesse maiores consequências.

Schaffstein afirma não conhecer maiores detalhes do que aconteceu nesses anos em Estrasburgo, porque estava ausente, e só tinha passado ali umas breves férias no Natal de 1943. Em seguida, foi soldado na Rússia e, finalmente, prisioneiro dos norte-americanos.

4. DAHM E SCHAFFSTEIN NO PERÍODO PÓS-GUERRA

Quando em setembro de 1944 os franceses retomaram Estrasburgo, na hora certa, Dahm e a sua família conseguiram sair da cidade, embora tenham sido obrigados a deixar ali os seus pertences e a sua biblioteca. Dahm foi parar em Berlim no semestre de 1944-1945, embora a sua família tenha ficado em Flensburg, onde permaneceu nos anos posteriores à ocupação de Berlim pelos russos, em condições econômicas estreitas, sem funções nem salários.

Schaffstein, depois de ser liberado pelos norte-americanos, foi à casa de uma tia materna em Luneberg, onde permaneceu até 1950. Somente em 1947 se encontrou novamente com Dahm, a quem nesse ano a organização da faculdade de direito em Dacca foi oferecida, então Paquistão oeste, ou seja, a atual Bangladesh, por uma via que Schaffstein afirma desconhecer. Conversaram ambos sobre a possível atuação de Dahm em Paquistão e concluíram que era impossível explicar direito penal alemão, por isso, concordaram com que o melhor era que Dahm se dedicasse ao direito internacional e preparasse suas aulas em inglês.

Isso determinou que Dahm se ocupasse dessa matéria e permanecesse em Dacca durante uns anos, até que foi chamado a Kiel para explicar *enciclopédia do direito*, atividade que o limitava, porque não podia avançar sobre o direito penal, a cargo de Helmut Mayer, nem sobre o internacional, a cargo de Menzel.

Na realidade, a matéria que explicava Dahm (que, em outros países, costuma chamar-se *Introdução ao direito*) não era completamente nova,

já que se tinha encarregado de desenvolvê-la em um texto que se utilizou durante muitíssimo tempo na Alemanha⁴⁰³ e do qual se fez uma segunda edição no período pós-guerra, sem maiores modificações, salvo a supressão das citações nazistas⁴⁰⁴.

Embora o autor de uma nota necrológica à morte de Dahm se esforce em salvar a sua memória e pondere a sua visão ampla e contrária à atomização do direito⁴⁰⁵, a verdade é que Dahm, na edição de pós-guerra do seu texto de Introdução ao direito, na parte que corresponde ao direito penal, reacomoda mas não renuncia ao *direito penal de vontade* nem de *autor* em geral, principalmente, quando refere-se ao delinquente habitual. Diz que o *direito penal de autor* pode ser *de personalidade*, resgata a ideia da *culpabilidade pela condução da vida associada* e, em geral, a bibliografia que cita não deixa muitas dúvidas a respeito de que seu pensamento não tinha mudado tanto⁴⁰⁶.

Em sua primeira estadia em Dacca, um dos seus filhos tinha contraído diabetes e sua filha tinha sofrido um acidente com sequelas. Em 1959, Dahm foi o decano da faculdade de direito de Kiel por um ano, ao passo que Schaffstein era de Gottingen. Nesses novos anos em Kiel, Dahm publicou a sua obra em três tomos de Direito internacional⁴⁰⁷.

Em 1961, chamaram-no novamente ao Paquistão por um breve tempo, onde encontrou a Universidade em uma situação caótica, os professores europeus haviam partido e os nacionais careciam de suficiente preparação. Não obstante, permaneceu em Dacca, onde adoeceu em 1963 e retornou a Kiel, suspeitando que inimigos paquistaneses o tinham envenenado, o que foi descartado pelos médicos. Contraíra uma colite ulcerosa de origem viral que não pôde ser controlada e, apesar de ter permanecido o tempo todo na clínica, faleceu em 30 de julho desse ano⁴⁰⁸.

Schaffstein, por sua vez, nos anos imediatos ao final da guerra, não pôde acessar a nenhuma cadeira em universidades alemãs, e dedicou-se ao ensino privado até que, em 1954, pôde voltar para a universidade em Göttingen, onde

403. Georg Dahm, *Deutsches Recht*, op. cit.

404. Idem, *Deutsches Recht: Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*, Estugarda, Kohlhammer, 1951.

405. Horst Schröder, op. cit., p. 10 e ss.

406. Cita os *Studien* de Bockelmann de 1939-1940, a sua monografia do *tipo de autor* de 1940, o trabalho de Mezger, *Tatstrafe und Täterstrafe*, e trabalhos de Franz Exner (Georg Dahm, *Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. Eine Einführung*, Estugarda, Kohlhammer, 1963, p. 510).

407. Georg Dahm, *Völkerrecht*, 3 tomos, Stuttgart, W. de Gruyter, 1958-1961.

408. No ano seguinte, foram publicados os discursos em sua memória: *Georg Dahm – Reden zu seinem Gedächtnis*, 1964 (editado pela Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Kiel).

permaneceu até receber título de emérito em 1969. Neste último período, dedicou-se a estudos históricos sobre Wilhelm von Humboldt⁴⁰⁹ e ao direito penal europeu da época do humanismo⁴¹⁰, mas, sobretudo, ao direito penal juvenil. Seu livro de 1959 sobre esta matéria tornou-se um clássico que, atualizado por Werner Beulke, até 2002 tinha alcançado quatorze edições⁴¹¹. Em 1975, foi dedicado a ele um *Festschrift*⁴¹² com motivo dos seus setenta anos, e dez anos depois foi homenageado com um simpósio. Apesar de sofrer de sérias dificuldades visuais, continuou produzindo; seu último trabalho foi no livro de homenagem a Roxin⁴¹³. Faleceu em Göttingen em 8 de novembro de 2001⁴¹⁴.

De certa forma, parece que Dahm e Schaffstein foram, na ciência jurídico-penal, os equivalentes de Philipp Lenard e Johannes Stark na física ou, no mínimo, pretenderam sê-lo, embora não tenham tentado classificar o penalismo neokantiano como *judeu*, limitando-se a estigmatizá-lo como *liberal*, o que, no fundo, escondia a mesma atribuição.

B. A IDEIA BÁSICA: O DELITO COMO VIOLAÇÃO DE DEVER

1. A SUPERAÇÃO DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE INDIVÍDUO E COMUNIDADE

A ideia que constitui o núcleo que separa as águas em relação à construção estratificada tradicional — e que rege toda a construção do delito de Dahm e Schaffstein — é que a essência do delito se encontra na *violação do dever* em lugar da ideia prévia da *lesão de um bem jurídico*, que atribuíam à tradição iluminista, cuja superação definitiva consideravam que era a tarefa do nacional-socialismo.

A tese aparece mencionada quase obsessivamente em quase todos os trabalhos destes autores, mas o mais específico corresponde a Schaffstein, cujo desenvolvimento seguimos a respeito⁴¹⁵.

Segundo Schaffstein, para diferenciar claramente do que eram consideradas *tendências segregadoras do século XIX*, não se tratava de proceder a uma

409. Wilhelm von, Humboldt: *Ein Lebensbild*, Frankfurt, Klosterman, 1952.

410. *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen, 1954.

411. *Jugendstrafrecht: Eine systematische Einführung*, Stuttgart, 1959 (14ª ed., 2002).

412. *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Julio 1975*, cit.

413. Überlegungen zum Täter-Opfer-Ausgleich und zur Schadenswiedergutmachung, em *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, 2001.

414. Cfr. Werner Beulke, *In memoriam Friedrich Schaffstein*, em *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2002, p. 81.

415. Friedrich Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, op. cit.

simples reversão de hierarquia de bens jurídicos, que se limitaria a colocar os valores da comunidade em primeiro lugar⁴¹⁶. Embora tomasse como verdade que o direito anterior privilegiava os bens jurídicos individuais sobre os coletivos e que era mister reverter com urgência esse privilégio, dando primazia à comunidade popular para reprimir as agressões contra esta, aspirava a ir muito além de uma simples reversão, para chegar a suprimir diretamente a contraposição *comunidade-indivíduo*, fazendo-a desaparecer do direito penal, sob a premissa de que o indivíduo é tal unicamente em sua indissolúvel vinculação como membro da comunidade e nunca isolado, ou seja, que sempre é indivíduo como partícipe do povo.

Esta posição responde à concepção em si da comunidade do povo, já que, em ambos os autores, nota-se claramente que a concebem de forma *sistêmica* e, por conseguinte, os seres humanos que a integram — em termos da sociologia sistêmica atual — seriam *subsistemas* e, como tais, não poderiam contrapor-se a ela, quer dizer que, nesta perspectiva, é exata a pretensão de negar toda contraposição — e menos toda contradição — entre *indivíduo* (ou *subsistema*) e *comunidade* (ou *sistema*), sendo este raciocínio perfeitamente coerente com qualquer concepção sistêmica ou orgânica, sem prejuízo da irracionalidade racista básica com que o *sistema* era concebido (*comunidade do povo*) no nazismo e, também, levando em consideração que não era um *sistema existente*, mas que se devia impor (ou restabelecer) como programa político. Cabe lembrar que, neste sentido, Schaffstein reconhecia que a unidade de direito e ética, de direito e concepção popular, não era uma realidade, mas sim uma aspiração⁴¹⁷.

Dentro dessa concepção, tanto a punição quanto o delito deveriam ser tratados pelo direito penal como indagação das forças perturbadoras e modeladoras da comunidade, o que ele considerava revolucionário para a estrutura interna e também para o mundo conceitual do direito penal. E, de fato, era, dado que — como em toda proposta sistêmica — as pretensões de desequilíbrio do sistema (os delitos) devem ser compensadas com uma intervenção de normalização ou de reequilíbrio. Por isso que, embora a primazia dos bens jurídicos da comunidade do povo estivesse fora de toda dúvida, pensar isto como uma simples inversão da ordem prioritária dos bens jurídicos não saía do esquema que opõe indivíduo e comunidade, e

416. É claro que Schaffstein refere-se à ordem ou valor hierárquico e não a simples tabulação na parte especial, onde em quase todos os códigos apareciam os delitos contra o Estado em primeiro lugar (salvo o da Baviera que encabeçava a parte especial com os delitos contra as pessoas).

417. Cfr. Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, cit., p. 211.

não poderia ser considerado mais que um simples momento de transição para um direito penal que conseguisse abranger o conteúdo de uma forma de pensamento comunitário mais profundamente, quer dizer, integrados em um sistema como a *comunidade do povo*. Afirma Schaffstein que a orientação para o pensamento comunitário introduz os conceitos de *honra, lealdade e dever* como ponto central da dogmática penal, pois deles surge com máxima potência o vínculo comunitário do humano, quer dizer, as exigências básicas que o sistema *comunidade popular* impõe a seus *subsistemas* (seres humanos). *Portanto* — explica —, *uma vez destruído o sistema jurídico individualista, estes conceitos jurídicos ganharam imediato e concreto significado para a praxe jurídica, expressando ao mesmo tempo o reencontro da unidade entre o direito penal e a ordem moral popular*.

Afirmava que, até esse momento, os conceitos de honra, lealdade e dever, ou as exigências necessárias para o equilíbrio interno, tinham permanecido em uma esfera separada cuja existência para os juristas a considerava pálida e irreal. O principal, pois, era preservar a fidelidade à comunidade e sua perda (que gera desequilíbrio) afeta a *honra* do partícipe do direito (a confiança nele depositada como membro da comunidade), por isso, a *pena de honra* passaria a cumprir uma função principalíssima no conhecimento da essência da pena em geral.

Schaffstein entendia que, desse modo, fazia estremecer o conceito e a função do bem jurídico como critério para a determinação do encargo material do injusto, posto que já não se tratava de ponderar simplesmente a gravidade de um resultado, mas sim de avaliar até que ponto o sujeito (subsistema) era um perturbador do equilíbrio e, portanto, um sujeito *desonrado* (indigno de confiança) perante as exigências de conservação do equilíbrio do sistema ou comunidade.

Por conseguinte, perguntava-se Schaffstein se *não cabe que um direito penal orientado a um pensamento comunitário deixe de ser um direito penal de lesão ao bem jurídico, para ser um de disposição interna ou de deveres, ou seja, em que não se considere o delito como uma lesão a bens jurídicos, mas sim como a expressão de uma disposição interna censurável ou da lesão a um dever*.

2. LESÃO AO BEM JURÍDICO, AO DEVER, DISPOSIÇÃO INTERNA E TRAIÇÃO

Seguindo Dahm, Schaffstein sustentava que a ideia de que o delinquente

é um traidor vai ao encontro de um direito penal de vontade e de uma configuração do conceito de tipo de autor inaugurada por Erik Wolf. Para aproximar-se da ideia do delito, compatibilizava a ideia de traição com as de lesão ao bem jurídico, de lesão ao dever e de disposição interna.

Segundo isso, a ideia de *traição* pressupõe três pontos de vista: por exemplo, no caso de um tutor que maltrata uma criança, existe (a) o dano que sofre a criança, (b) a violação do dever do tutor, e (c) a expressão do seu temperamento sádico ou violento. Entretanto, decidir qual destes elementos é prioritário era considerado por ele uma questão de concepção do mundo e de decisão política. Considerava que a prioridade pela lesão ao bem jurídico provinha do Iluminismo, quer dizer, de um liberalismo clássico que foi substituindo gradualmente a noção de delito como pecado, de Carpzovio, vigente no direito comum anterior.

Segundo esta tese, acreditava que a preferência ou prioridade pela lesão ao bem jurídico exige que o Estado se limite, em geral, à atividade negativa de proteção da esfera de liberdade individual e, portanto, os deveres dos cidadãos também têm de ser determinados de forma negativa, ou seja, só como deveres de abster-se de certas ações (não matar, não roubar, etc.) que afetem direitos e bens jurídicos, de cuja diversidade resultam as diferenças na construção do delito como lesão a bens jurídicos.

Para Schaffstein, já que esta concepção *liberal* necessita de um sujeito titular de direitos (bens jurídicos), quando deve explicar os delitos contra o Estado e a comunidade, ela não tem outra saída a não ser criar contratualmente a pessoa jurídica estatal, ou seja, a ideia liberal do Estado.

É óbvio que Schaffstein rechaça a metáfora contratualista do Estado, posto que todo o pensamento nazista traz uma regressão ao organicismo social (ou sistêmico), quer dizer que retoma a concepção estatal pré-moderna. Observe-se que aqui, a partir de uma manipulação na essência do conceito de delito, impugna não menos que a base mesma do conceito liberal de Estado.

No mesmo sentido organicista ou sistêmico se expressava Dahm, pois, para o ideário nazista, a comunidade popular (da qual o Estado era só um instrumento) era uma entidade real, por isso, não se discutia a questão de se tinha *honra*, discussão corrente no direito em relação aos delitos contra a honra de pessoas jurídicas. Dahm — citando um discurso de Hitler — não só acreditava que a comunidade popular tivesse honra, mas também exigia que uma futura lei estabelecesse garantias contra as agressões à honra do povo

alemão, ao partido, às suas seções e organizações anexas, às forças armadas, ao serviço do trabalho e a outras comunidades⁴¹⁸.

Schaffstein sustentava que a ideia de bem jurídico, concebida dentro do modelo de Estado contratualista do liberalismo, quando é levado aos delitos que lesam bens coletivos, é uma camisa de força conceitual que impõe uma ficção (a do Estado contratual), como produto de uma transformação artificial do conceito de direito subjetivo.

Por isso, os de Kiel optavam por destacar o momento do dever, criticando o liberalismo por não haver reconhecido sua relevância, apesar de que é fundado em uma unidade inseparável com o conceito de direito. Desse modo, com a introdução do pensamento do dever inclusive no direito civil, consideravam o conceito de direito subjetivo no sentido da dogmática do século XIX dissolvido, passando a propor a questão a respeito da fundamental importância da ideia do dever para a determinação do conceito de delito. Como pode-se observar, a prioridade do dever é resultado da concepção orgânica (ou sistêmica) da sociedade (comunidade popular).

Assim, reconstruía o direito penal a partir do obrigado e do seu concreto círculo de deveres, fazendo a contraposição do direito penal *de ato ao de autor* perder sentido, porque *necessariamente deve partir do autor*, o que, segundo Schaffstein, resolve a anterior contraposição *em um plano maior*, que considerava apto para proporcionar nova configuração ao, muitas vezes, mal entendido *direito penal de vontade*.

Todavia, como é compatibilizada esta superação do exclusivo domínio do pensamento da proteção ao bem jurídico com a ideia de traição e o princípio de um direito penal de disposição interna? A resposta do nosso autor a esta questão aponta, principalmente, um conceito fundamental desta concepção: a *lealdade ou fidelidade* (*Treue*), porque *a essência da traição é a lesão a um dever de lealdade*. Desse modo, afirmava que não havia contradição com a ideia de *lesão ao dever*, pois esta não era mais que um suposto de *traição*. Entretanto, o conteúdo de *traição* — e a perda da *honra* que acarreta, para o autor — assinalaria, em boa medida, o conteúdo do novo conceito de delito.

No entanto, admitia que isto não acontecia em todos os delitos, pois, ao conceber todos os delitos como formas de uma *traição*, a ideia se torna muito abstrata e impede identificar o conteúdo dos verdadeiros e próprios delitos

418. Georg Dahm, *Der Ehrenschatz der Gemeinschaft, em Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Fest. zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, cit., p. 1 e ss.

de traição. Schaffstein exemplifica com o roubo militar, que considerava uma autêntica traição, porque quebrava a lealdade dentro de um grupo mais reduzido que, por sua natureza, demandava um grau de lealdade ou fidelidade mais particular, o que não acontecia no roubo de um desconhecido. Assim, ratificava que não qualquer ladrão, rufião ou encobridor podia ser considerado um traidor, mas sim na medida em que pertencesse a círculos que gerassem vínculos mais próximos de confiança, como soldados ou profissionais.

Aqui parece dar-se conta de que a questão da *traição* reconduz a um novo bem jurídico único, que, finalmente, seria a comunidade popular, o que quer evitar precisando os círculos de deveres (e de deslealdades ou infidelidades) dentro desse sistema: não a todos incumbiriam os mesmos deveres nem as mesmas lealdades ou fidelidades.

Embora para Schaffstein a traição fosse sempre uma lesão ao dever jurídico de lealdade ou fidelidade, o traidor requeria, ao mesmo tempo, um *tipo particular de disposição interna* e, nessa medida, sua ênfase era consequente com um direito penal de vontade e de disposição interna. Porém, esta disposição interna devia *acompanhar* a violação do dever e não passar a um primeiro plano, a ponto de pretender classificar os tipos em ordem aos tipos de autor; os tipos deveriam classificar-se em ordem aos deveres violados, que eram os inerentes à posição dentro da comunidade do povo (à família, à profissão, à defesa, etc.), que nada teriam a ver com a tipificação como homicida, ladrão, entre outros, que, em relação à violação do dever, pode complementá-la, mas não substituí-la. Cabe observar que, neste ponto, é manifestada a diferença com o direito penal de vontade e de autor de Freisler que, embora secundariamente, continuava admitindo o bem jurídico⁴¹⁹.

Segundo Schaffstein, esta exigência de disposição interna que devia acompanhar cada particular violação ao dever era uma espécie de valoração política da sua disposição à deslealdade ou infidelidade, uma captação da vontade que permitiria medir o grau de *desonra* entendida como *perda de confiança* em relação ao sujeito. Por isso, não o identificava com o velho *estudo criminológico positivista* (criminologia clínica), porque o tratamento naturalista do autor da escola de Liszt só procurava concretizar a periculosidade em função de fins preventivos especiais da pena, que sempre se referem a bens jurídicos. Em lugar disso, o critério de valoração da tipificação de disposição interna do *novo direito* partiria da unidade do direito com a ordem

419. Cfr. *supra*, IV, C, 2.

ética popular e, portanto, outorgava valor decisivo ao momento da violação do dever e não aos fins preventivos da pena. Exemplificava isto com o caso do traidor, em que o alemão que revelava segredos era um traidor por sua lesão ao dever de lealdade, mas não o era o espião estrangeiro que só podia ser presidiário segundo sua periculosidade.

É claro, Schaffstein observava que isso se via com clareza no caso das omissões, modelo que Kiel generalizaria. Assim, dizia que ninguém duvida que a mãe que deixa seu filho morrer de fome seja uma *assassina*, mas não assim o policial que omite intervir oportunamente, porque não se enquadra no *tipo de disposição interna de assassinato*. Justamente por isso, Schaffstein criticava a concepção dominante a respeito da omissão como problema de causalidade, sobre o que voltará a insistir. Concluía que esta desvalorização do autor conforme a sua disposição interna, que permite medir o grau de *de-sonra* — que, na verdade, não era mais que desconfiança por parte da suposta comunidade popular —, não entrava em contradição com sua concepção como lesão ao dever, mas sim a complementava.

3. CONSEQUÊNCIAS DOGMÁTICAS DA IDEIA DE LESÃO AO DEVER

Segundo Schaffstein, a consequência de mudar o destaque passando da lesão de direitos à de deveres se projeta sobre a teoria do delito desmanchando a concepção tripla ou estratificada. Concedendo o uso da *terminologia corrente*, entende que este deslocamento provoca uma subjetivação da ilegalidade, mas como a ilegalidade se funde com a contrariedade ao dever, entra no âmbito da culpabilidade assim que se tenta assinalar aquilo que normalmente se chama de direito penal de vontade.

Cabe observar que aqui —como depois, com maior precisão— nota-se que Schaffstein aproveitava as contradições da teoria do delito corrente na sua época para levar água ao seu moinho. Os defeitos de construção teórica dos delitos próprios do neokantismo eram constantemente revelados e explorados pelos autores de Kiel para refutar a concepção estratificada. O esforço de pós-guerra do *finalismo* e inclusive do próprio neokantismo, ao recolocar o dolo no tipo, foi uma clara resposta a estas tentativas demolidoras de Kiel.

Afirmava Schaffstein que, com esta mudança, a omissão encontra sua base mais sólida, o que leva a um agrupamento de delitos em virtude de deveres violados (e não de bens jurídicos). Considerava óbvio que a violação

do dever comunitário não era igual no assassinato que no roubo, e isso não se devia apenas à diferença entre os objetos agredidos, mas também aos diferentes âmbitos ou círculos de deveres segundo a posição do autor.

Como postulava que a desvalorização fosse feita segundo o grau de intensidade do dever omitido, dali derivava um conceito concreto de autor, *sem necessidade de comprar a ideia do bem jurídico*. Como pode-se observar, o critério leva estes autores a considerar *exemplar a estrutura omissiva do delito*.

Schaffstein respondia à objeção de que a lesão ao dever e a generalização do dever de lealdade levem à substituição de uma abstração por outra: neste sentido, sustentava que a lesão ao dever não era uma nova absolutização, mas sim um deslizamento do destaque, que se combinava com outros princípios, mas que não resultava dos tipos isolados e lacunares. Sustentava que não responde a uma ordem abstrata, mas sim à ordem concreta (aqui é clara a influência de Schmitt). Apoiava-se em Erik Wolf quando dizia que por trás do *que* (dos tipos básicos dos *delicta comunia*) esconde-se o indivíduo abstrato do iluminismo, que corresponde ao indivíduo isolado de uma época superada, ao indivíduo sem vínculos.

Apoiando-se nos tipos de delitos *próprios*, fazia notar que no código penal de 1871 havia numerosos casos em que são consideradas as relações do autor concretamente, que distingue em quatro grupos: (a) os delitos que violam deveres de ofício, função ou atividade; (b) os que violam deveres de honra e família; (c) os casos de *Untreue* (infidelidade) comercial; e (d) os delitos que lesam os deveres de fidelidade à comunidade do povo alemão como membro ou como hóspede, o que levava à diferente consideração do alemão e do estrangeiro em caso de traição e espionagem.

Com isso, queria demonstrar que — inclusive no direito vigente — o delito não se esgota na pura lesão ao bem jurídico e que tampouco pode esgotar-se a interpretação dos tipos somente do ponto de vista da mera função de proteção dos bens jurídicos. Um exemplo reiterado é o caso da testemunha que acredita que aquilo que afirma é falso, quando, na realidade, é a verdade⁴²⁰: segundo a teoria objetiva, não cometeria um perjúrio consumado, enquanto sim o faria segundo a tese subjetiva. Essa divergência teórica resultaria da diferença entre um direito penal de lesão ao bem jurídico e o de lesão ao dever.

420. Este exemplo também usa Gallas quando critica o conceito de bem jurídico (*Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung*, W. Gruyer, 1936), o que Belliol respondia afirmando tratar-se de um delito putativo e, portanto, impune (Giuseppe Bettiol, *Bene giuridico e reato*, em *Scritti*, cit., I, p. 324).

Nosso autor observava que, embora em quase todos os casos a lesão ao bem jurídico e ao dever se combinassem, o destaque sobre o primeiro leva a agrupar os tipos conforme bens jurídicos, salvo nos delitos dos funcionários, que considerava um exemplo para considerar, para reagrupar os delitos segundo as violações a deveres.

Schaffstein assinalava que um âmbito em que se destacaria particularmente a violação ao dever era o do direito penal militar, o que era especialmente importante quanto à *comunidade da defesa*. É, no mínimo, curioso que acrescente que, em tempos de mobilização total e quando a figura do *soldado político é central*, o direito penal militar não pode menos que influir sobre o comum, quando cabe observar que faltavam quatro anos para o giro do direito penal de guerra. Citava, nesse sentido, Schmitt e criticava Max Ernst Mayer, que fazia da disciplina militar um bem jurídico, pois não considerava que se tivesse ofendido essa em delitos militares como a covardia perante o inimigo ou o roubo entre camaradas.

Afirmava que correspondia a sua época a ampliação da ideia de violação ao dever muito além dos delitos de funcionários e militares, mas que não pretendia, com isto, negar a importância do objeto agredido na configuração dos tipos, porque a graduação (cabe pensar que se referia a efeitos da pena) correspondia a duas valorações diferentes, mas a essência, em todos os delitos, inclusive nos agrupados por bens jurídicos, sempre a considerava uma lesão ao dever com a comunidade (uma deslealdade ou infidelidade).

Do anterior, passava a demolir a teoria de três membros do delito, justamente por proceder da ideia de lesão ao bem jurídico, em aberta crítica pré-moderna ao iluminismo do século XVIII, ao que voltava a atribuir essa ideia.

Observe-se que, ao denunciar o iluminismo, na realidade, aquilo que negava era o *princípio de lesividade ou ofensividade*, por isso, a sua crítica não era para nada ingênua, mas sim coerente com sua ideia organicista (ou sistêmica) da comunidade popular: não há separação de direito e ética, toda a ética é direito, ou seja, que, rapidamente, apagaria nosso artigo 19 constitucional e todo esforço criticista de Kant e de Feuerbach. Justamente ficava em pé na calçada oposta e *etizava* ilimitadamente todo o direito penal, apesar de considerar que, no plano da realidade, ainda o estabelecimento compulsivo do sistema ideal de comunidade popular não tinha sido realizado por completo.

Afirmava Schaffstein que a eliminação da prioridade da *lesividade* ao

bem jurídico e a mudança da violação ao dever para o primeiro plano tinham como consequência a eliminação da diferença entre tipicidade e ilegalidade, concebida como *regra exceção*, porque era natural que quem concebesse como essência do delito uma lesão ao bem jurídico devesse admitir logo exceções. Cabe lembrar que, na dogmática do período pós-guerra, rechaçou-se expressamente que a causa de justificação fosse uma exceção, para expô-lo como um jogo entre proibição e permissão⁴²¹.

Schaffstein — como adiantamos — aproveitava as limitações dogmáticas do neokantismo para afirmar que carece de sentido que o médico que faz um aborto e salva a vida da mãe deva beneficiar-se logo com uma exclusão de punibilidade⁴²². Afirmava que estes caminhos complicados eram apenas resultado necessário do princípio de lesão ao bem jurídico e mostram o parentesco deste com o pensamento da separação atomística do iluminismo. Afirmava que o absurdo de não propor de cara a lesão ao dever jurídico dava ao juiz a primeira impressão de que, na intervenção cirúrgica, haveria um crime. Como consequência, concluía que *a pergunta pelo objeto agredido e pela realização do tipo objetivo é secundária, porque não importa para afirmar a ilegalidade, mas sim para determinar seu grau e o da punibilidade*.

Cabe observar que a *punibilidade* operou na teoria do delito em diferentes contextos, sendo atribuídos a ela diversos caracteres: assim, não faltou quem localizou ali a imputabilidade, querendo considerar, no nível do delito, todos os autores como imputáveis; aqui se quer enviar não menos que a lesão ao bem jurídico e o tipo objetivo de lesão.

Porém, Schaffstein avançava ainda mais, considerando que resulta também em uma mudança completa da relação entre ilegalidade e culpabilidade. Para isso, empreende a sua crítica contra as diversas variantes doutrinárias da culpabilidade normativa, mas, em especial, contra o chamado conceito complexo de culpabilidade (dolo na culpabilidade) corrente em sua época e a conseguinte sistemática segundo o critério *objetivo subjetivo*, explorando com inteligência a presença dos elementos subjetivos no injusto e do dolo na culpabilidade, que considerava ressaibos do seu detestado século XVIII.

Afirmava que, ao conceber o delito como ilegalidade objetiva e a culpabilidade entendida como subjetiva contrariedade ao dever, a contrariedade ao

421. Assim, Hans Welzel, por exemplo.

422. Tratava-se, sem dúvida, de outro defeito da constituição neokantiana, amplamente superado pela dogmática posterior à guerra.

dever aparece como uma função secundária perante o conceito subordinador da ilegalidade, e não como fundamento da punibilidade, mas sim como limitador desta.

4. INTENSIFICAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DOS DEFEITOS CONSTRUTIVOS DO NEOKANTIANISMO

Schaffstein avançava explorando os defeitos da construção neokantiana do delito baseada no critério *objetivo subjetivo*, mais ou menos matizado, para tentar acabar com a distinção entre antijuricidade e culpabilidade. Embora aproveitasse a fraqueza derivada dos elementos subjetivos no injusto e objetivos na culpabilidade, tampouco deixava de observar — embora um pouco confusamente — que quer se colocar a culpabilidade normativa (valorativa) no mesmo plano de um conceito empírico como a *periculosidade*, que demonstraria estar estreitamente ligada na sua origem à ideia da proteção ao bem jurídico e, além disso, contradiziam o privilégio do autor *por consciência* postulado por Radbruch.

Afirmava que, quando se considerara que a essência do delito é a lesão do dever com todos seus componentes subjetivos na relação com a ordem ética popular, passa a segundo plano a importância da lesão ao bem jurídico e, com esta, também a separação entre ilegalidade e culpabilidade, que se tornaria desnecessária.

Aqui parece, à primeira vista, haver uma espécie de *salto lógico* no pensamento, porque afirma que, no direito penal nacional-socialista, tudo resulta abrangido com a fórmula do direito penal de vontade (*Willensstrafrecht*). *A concepção do delito como lesão ao dever* — escreve Schaffstein — *está subordinada ao Willensstrafrecht do mesmo modo que a lesão ao bem jurídico estava relacionada com o direito penal de resultado*, o que se manifestava no tratamento penal da tentativa: no direito penal de violação do dever, não caberia distinguir quanto à pena, porque a violação seria idêntica, à diferença do direito penal de lesão ao bem jurídico.

Schaffstein extrai consequências disso para o estado de necessidade que, como é sabido, respondia a uma carência do código de 1871, que obrigava a construí-lo remetendo ao código civil e concebendo causas *supralegais* de desculpa, quer dizer, estendendo a letra do código, como fizeram Freudenthal e Goldschmidt⁴²³.

423. Embora no código argentino sempre tenha sido possível construí-lo sem sair da sua letra, quando chegou

Afirmava que o novo direito penal nacional-socialista o devia fazer sobre a base da tolerância conforme o *são sentimento do povo*, o que considerava por completo diferente do pensamento de Goldschmidt e Eberhard Schmidt, que classificava como *individualista*, porque baseava seu critério valorativo em um abstrato *quem* extraído de uma *média* segundo a qual não se pode exigir o heroísmo (ou do *humano como medida de todas as coisas* de Freudenthal). Objetava que toda a doutrina reconhecia que não se pode eximir por estado de necessidade o bombeiro ou o guia de montanha, o que estendia a todos os casos, como consequência da posição que o sujeito ocupa no sistema (comunidade do povo) e os conseguientes deveres que lhe incumbem. Acrescentava que, em caso de traição à pátria, como todo *partícipe do povo* (*Volksgenossen*) *é um soldado político*, devia exigir-se dele inclusive o heroísmo⁴²⁴.

Justamente, partindo desta ideia de *exigibilidade* conforme o âmbito de dever que se desprende da posição do sujeito na comunidade popular e não de nenhuma *média abstrata*, insistia na estrutura exemplar do conceito de delito em forma omissiva. Para isso, sintetizava a proposta da ideia *liberal* da essência do delito na fórmula *lesão ao bem jurídico = iluminismo = proibição de ingerência agressiva nos direitos do cidadão = omissão dessas agressões = excepcionalidade dos deveres ativos*, e concluía que, desse modo, construiu-se a teoria do delito sem considerar a omissão. Contudo, acreditava que, como não se pôde ignorar por completo a omissão, tipificaram-se as suas formas mais graves e, para não entrar em contradição com o princípio de lesão ao bem jurídico e o iluminismo, foi necessário colocar a omissão como causa do resultado, com grandes confusões que levaram a tratar a omissão como um problema de causalidade.

Considerava que, desse modo, foi nada menos que a questão básica da teoria do estado (*que é em que medida* pode-se exigir de alguém a realização de condutas positivas), que se apresentou no direito penal como uma questão de causalidade *sob a roupagem da lógica metódica do positivismo*.

Exemplificava seu critério e a diferença com a proposta neokantiana da omissão com o caso do guia de montanha que abandona quem caiu na fenda para roubar seus pertences, comparando-o com a situação que propõe a omissão por parte de terceiros, como companheiros de turismo, parentes, guias

a tese da culpabilidade normativa, pretendeu-se que a diferença com o psicologismo de von Liszt fossem estas causas *supralegais*, o que foi um verdadeiro escândalo nos anos cinquenta do século passado.

424. Ignora que a cada magnitude do injusto corresponda um grau de repressão, o que permite resolver sem renegar a concepção estratificada, assim como que ninguém exige que uma morte certa e quase certa seja enfrentada.

não contratados, entre outros, para demonstrar que, embora em todos estes casos a omissão seja censurável, as recriminações são diferentes conforme a ideia do *sentimento jurídico*, não só quantitativa mas também qualitativamente, o que, em sua opinião, obedeceria claramente às diferenças quanto ao respectivo dever violado.

Comparava isso com a solução da tese da lesão ao bem jurídico, que por não ser levado em conta — conforme opinava — *joga o tudo ou nada formal*, visto que opta entre afirmar que existia o dever jurídico de salvar e, portanto, a omissão seria *causa* da morte e o sujeito seria condenado por homicídio, ou, nos supostos não equivalentes ao caso do guia de montanha contratado, como esse dever não existia e como o autor não *causara* a morte, deveria ser absolvido. Considerava absurda esta alternativa rígida, mas inevitável na doutrina dominante, posto que a admissão de um dever jurídico de evitar o resultado é para o neokantismo uma mera construção auxiliar para fundar a causação de uma lesão ao bem jurídico mediante uma omissão.

5. O BEM JURÍDICO É UM CONCEITO GARANTIDOR?

O conceito de bem jurídico não só foi atacado pela *escola de Kiel*, mas inclusive foi objeto de críticas pretensamente superadoras de alguns dos próprios *tradicionalistas*, como foi o caso de Gallas. Este sustentou que tanto a ideia do delito como lesão ao bem jurídico quanto a de lesão ao dever eram *visões parciais*, pois a primeira resultava inaceitável por ser um conceito materialista insustentável, enquanto à segunda a considerava vazia em conteúdo.

Desde esta posição — aparentemente *eclética* —, finalmente, também postulava o cancelamento do conceito, posto que, por um lado, aproximava-se da ideia de bem jurídico como *interesse*, de certa forma próxima do fascismo, mas, por outro, apelava a uma ética derivada da contrariedade à comunidade, que configuraria uma *tabela de valores* que daria conteúdo à *violação ao dever*, que, em suma, seria uma *contrariedade à comunidade*, conceito que entendia compreender em si todos os *elementos valorativos constitutivos do conceito de delito em sentido objetivo e subjetivo, que deve ser abrangente (à diferença do conceito de lesão ao bem jurídico, que simplesmente tem o fato e só este como objeto em perspectiva de finalidade), para servir como estrutura de uma nova construção da dogmática*⁴²⁵.

De toda essa discussão a respeito da essência do delito concebida como

425. Wilhelm Gallas, *op. cit.*, p. 69.

violação a um dever ou como lesão a um bem jurídico não se deve extrair a conclusão de que o bem jurídico é um conceito que, por si só, garante um direito penal respeitoso dos Direitos Humanos. Acreditamos, quanto a isso, que vale a pena alertar que esta afirmação é errônea em vários sentidos, como que sua negação também pode acarretar confusões na dogmática atual⁴²⁶ e, por esta razão, é ilustrativo o debate dos anos que nos ocupam.

Em princípio, acreditamos que conceber o delito como violação de dever, é uma posição que deriva de um conceito mais ou menos orgânico ou sistêmico de sociedade (considerada real ou imaginária) e que leva inevitavelmente a uma subestimação da pessoa, que fica imersa como parte de um tudo orgânico (ou reduzida a um elemento do sistema). Não em vão os direitos penais autoritários e totalitários de todos os tempos sempre tiveram como base conceitos organicistas ou sistêmicos de sociedade, tanto pós-modernos como pré-modernos. Porém, a partir disso, não deve concluir-se que basta com que uma doutrina penal aceite a ideia de bem jurídico para considerá-la, por isso, respeitosa da dignidade da pessoa humana.

Acreditamos que o conceito de bem jurídico é indispensável para a elaboração de um direito penal enquadrado em um *são jus-humanismo* jurídico, que chamamos de *direito penal humano*, mas por si só não garante este direito, já que, de jeito nenhum, é incompatível com um direito penal autoritário⁴²⁷. Em outras palavras: trata-se de uma condição necessária, mas não suficiente, como a estatização de bens jurídicos realizada pelo *Codice Rocco* no fascismo demonstra e, como, se isto fosse pouco, as mesmas posições que entre os advogados criminalistas nazistas dos anos que nos ocupam defenderam a continuidade da ideia de lesão ao bem jurídico, como Mezger, Kohlrausch e também não menos que Freisler.

Isto obedece, por um lado, a que o conceito de bem jurídico pode tornar-se abstrato, até desaparecer o concreto bem jurídico de que é titular o sujeito passivo do delito. Este desaparecimento obedece a que se incorreu em um jogo malabarista, convertendo o conceito limitador e originário de *bem jurídico lesado ou posto em perigo*, no confuso *bem jurídico tutelado*, quando o direito penal, por mais poder punitivo que habilite, jamais pode tutelar o bem jurídico concreto, porque, quando intervém, justamente, é porque este já foi afetado por lesão ou por perigo. No sentido *tutelar*, é irremediável que

426. Cfr. Andreas Hoyer, *Ciencia del derecho penal y nacionalsocialismo*, em *Revista penal*, Universidade Castilla – La Mancha, n. 23, 2009.

427. Cfr. Giuseppe Bettiol, *Bene giuridico e reato*, *op. cit.*, I, p. 319.

o direito penal — por sua essência — sempre chegue tarde.

Esta insensível transformação de *ofendido* a *tutelado*, aparentemente ingênua, inofensiva e até generosa, ignora que o *bem jurídico ofendido*⁴²⁸ é um requisito limitador imposto pelo *princípio de ofensividade*, que é uma das mais valiosas heranças do iluminismo. Dissimuladamente, sub-repticiamente, com a *tutela*, passou a converter-se em um conceito legitimador de qualquer intervenção punitiva e que, em verdade, deixa de ser o concreto bem jurídico do sujeito passivo para passar a ser algo abstrato (não é mais a *vida do morto*) que não pode ser outra coisa que um *interesse do Estado*. E não digamos *da sociedade*, porque isso é ainda pior, dado que se identifica *sociedade com Estado*.

Por outra parte, o conceito de bem jurídico *tutelado* encerra uma contradição redundante para um direito penal *sancionador e não constitutivo*, porque não existe nenhum *bem jurídico* que não emergja de alguma tutela do resto da ordem jurídica, ou seja, que o direito penal não *inventa nem cria* bens jurídicos, mas sim se limita a tipificar algumas das possíveis lesões particulares a bens jurídicos que já o são⁴²⁹.

Ao anterior deve-se acrescentar o risco de *clonagem* de bens jurídicos, como acontece quando se inventam abstrações tais como *segurança*, por exemplo. Não há delito que afete a *segurança*, nem vítima alguma sustentaria que sente que esse pretendido bem jurídico foi afetado ao ser objeto de um roubo, uma lesão ou a perda de um parente.

Em síntese: o ensinamento que nos deixa o debate desses anos, provocado pela ideia central da *escola de Kiel*, é que prescindir da afetação do bem jurídico abre o espaço para a *etização total do direito penal*, porque elimina o limite imposto pelo princípio de ofensividade; mas que a incorporação sem as devidas advertências do conceito do bem jurídico — em especial, quando se acrescenta a ele a condição de *tutelado* — não nos garante por si só que tenhamos chegado a um bom lugar em matéria de Direitos Humanos, ou seja, de respeito à dignidade da pessoa.

428. Tal era o conceito original que é esquecido, cfr. Johann Michael Franz Birnbaum, *Zwei Aufsätze, Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens (1834)*, *Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens (1836)*, ed. por José Luis Guzmán Dalbora e Thomas Vormbaum, Berlim, LIT, 2011.

429. Cfr. nosso trabalho, *Notas sobre o bem jurídico: fusões e (con)fusões*, em *Livro homenagem ao Professor José Hurtado Roza*, Lima, 2012.

Capítulo VII

KIEL E O INJUSTO

A. A QUESTÃO METODOLÓGICA

1. A CRÍTICA METODOLÓGICA DE DAHM

Como vimos, a crítica de Schwinge e Zimmerl⁴³⁰ aos advogados criminalistas de Kiel deu origem a uma resposta destes em um volume com o título *Método e sistema do novo direito penal*, que continha *A disputa metodológica na ciência penal atual* de Dahm e *Ilegalidade e culpabilidade na estrutura do novo sistema do direito penal* de Schaffstein⁴³¹.

Interessa nos determos, embora seja brevemente, no trabalho de Dahm, porque tem dois aspectos nos que se insistiu pouco: o primeiro refere-se à diferença metodológica que demarca em relação aos de Marburgo; o segundo, talvez mais interessante, refere-se às *garantias* ideológicas e, sobretudo, à influência direta do Carl Schmitt.

Quanto à metodologia, é importante lembrar que o núcleo que separava os dois autores de Kiel do neokantismo no plano metodológico era que os primeiros sustentavam a necessidade de uma dogmática penal própria do nazismo, porque a cada concepção do mundo (*Weltanschauung*) e, portanto, a cada sistema político que respondesse a ela, correspondia uma construção conceptual dogmático penal própria, enquanto seus contraditores pretendiam dispor de um aparelho conceptual capaz de adaptar-se a qualquer sistema político.

Pois bem, desde as primeiras páginas do chamado trabalho de Dahm, este indica como fonte ou reforço da sua posição Forsthoff: *Os fenômenos espirituais, como se trata de um método científico, não são vasilhas que podem ser preenchidas com qualquer conteúdo, não são nenhum instrumento universal suscetível de encher-se com qualquer finalidade. Cada concepção do mundo tem*

430. Erich Schwinge e Leopold Zimmerl, *op. cit.*

431. *Methoden und System des Strafrechts*, Berlim, 1938, que contém os artigos *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, de Georg Dahm, e *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem*, de Friedrich Schaffstein.

seu método adequado e é o único que corresponde. A transferência de um método estranho a ela conduz a separações e falsificações, usurpa sua substância.

Consequente com isto, Dahm afirmava não acreditar na existência de um método puramente técnico, indiferente a valores e conteúdo, mas estamos convencidos de que à mudança nas concepções do direito deve corresponder uma mutação e ulterior desenvolvimento do nosso pensamento metódico, posto que a mesma natureza puramente jurídica do método se arraiga em determinados pressupostos cosmo-visionários⁴³².

Esta afirmação é importante porque marca a diferença de atitude política central com os neokantianos e, no plano da realidade e da história, fica claro que dela depende que o advogado criminalista possa ou não se refugiar na técnica para evitar qualquer compromisso político e inclusive ignorar e até legitimar crimes horrendos.

Dahm assumia sua condição de nazista; os neokantianos a assumiam só como tecnocratas a serviço do regime que fosse. Dahm confessava assumi-la por convicção; os outros, por imposição da sua função conforme a condição de técnicos subordinados ao poder da vez. No fundo, este é o ponto essencial do debate desses anos.

Sob essa premissa, como Dahm identificava a crítica de Marburgo como fiscal da jurisprudência de interesses, diferenciava esta corrente da questão do bem jurídico e até admitia a possibilidade de que a jurisprudência de interesses tivesse certo papel no campo do direito penal, destacando, não obstante, que em seu tempo o negavam Mezger, Hegler e Larenz, e que Engisch lhe dava só um efeito muito limitado,

2. AS GARANTIAS IDEOLÓGICAS

Na parte que mais interessa, pois constitui as fontes do pensamento de Kiel, Dahm rechaça rotundamente receber influência de Husserl, como havia insinuado Zimmeri, ao qual repreende furiosamente por pretender *remeter uma direção da mais moderna teoria jurídica a um filósofo judeu*⁴³³. É interessante notar que Dahm afasta-se de Husserl, um judeu, mas não responde ao paralelo que Schwinge delineia com sua tese a respeito de Bergson, que não parece causar-lhe a mesma ardência.

432. Georg Dahm, *Der Methodenstreit*, op. cit., p. 04.

433. *Ibidem*, p. 61. Otto Kirchheimer considera que a *Kieler Schule* era fenomenológica, embora reconheça a influência de Carl Schmitt (*Criminal Law in National Socialist Germany*, op. cit., p. 173).

Dahm afirma que as conclusões de Kiel não se filiam a nenhum filósofo, mas sim a *determinada concepção básica do direito e a sua relação com a vida popular. Precisamente, as infelizes considerações — como a teoria dos bens jurídicos de Schwinge — que respondem a sua dependência da escola sudoeste de filosofia são as que possibilitam estas vinculações.*

Reafirma imediatamente que Husserl não pode ter tido sobre Kiel nem a mais mínima influência, e acrescenta que há um livro no qual se tenta transferir ao direito a fenomenologia de Husserl (o do Reinach)⁴³⁴, destacando que, para seu autor, os conceitos jurídicos não são criados, mas — assim como na matemática — pertencem a uma construção prévia e subjacente, o que critica fortemente, para deixar claro que nada tem a ver Husserl com sua construção: *a teoria apriorística da fenomenologia não é uma teoria do direito vigente nem do que deve ser. Quando nos perguntamos qual é a essência de falso testemunho ou da quantidade de defesa que conforme o são sentimento aparece como adequada à legítima defesa, pensamos tanto no conteúdo do direito vigente quanto no direito que deve ser e procuramos perspectivas desta natureza que sejam úteis para a aplicação do direito. Para a fenomenologia, os conceitos jurídicos são imutáveis, imagens jurídicas eternamente válidas, por isso, a ideia do ser humano carece de significado e um progressivo desenvolvimento e configuração destes conceitos parece inconcebível. Para nós, pelo contrário, o conceito jurídico é parte do desenvolvimento progressivo da ordem da vida popular e se funda no sentimento do povo, que está fluindo constantemente e requer ser configurado*⁴³⁵.

Depois de negar enfaticamente a *imputação* de qualquer vínculo com a fenomenologia de Husserl, dedica-se a responder os de Marburgo, que afirmam que as suas construções não são mais que uma mescla de Husserl com Schmitt, subtraindo-lhe toda autonomia e originalidade.

Isto nos dá também — escreve — a oportunidade de dizer aqui algumas palavras sobre a nossa posição a respeito da teoria do pensamento da ordem concreta. Principalmente, acreditamos que também a ciência jurídico-penal, assim como muitos outros âmbitos do direito, deve agradecer a contribuição essencial do escrito As três formas do pensamento jurídico cientista. *Proporciona-nos a possibilidade de reconhecer o direito de forma frutífera em suas relações comunitárias. Tem-nos feito pôr o olhar sobre o perigo de um pensamento jurídico unilateral e excessivamente normativo. Contudo, devemos*

434. Adolf Reinach, *Die aprioristischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, 1913.

435. Georg Dahm, *Der Methodenstreit*, cit., p. 65.

assinalar claramente que tampouco o pensamento de Kiel permaneceu acrítico ou em mera dependência desta teoria.

Em seguida, assinala Dahm que, em outro lugar, advertiu sobre o risco da escassa clareza do conceito de ordem. *Já então alcei a considerável objeção de que o concreto poderia perder-se de vista na totalidade do povo. Acrescenta: Parece-nos que a verdadeira contribuição positiva consiste na facilitação da compreensão do direito de cada comunidade no interior da comunidade do povo, como no exército ou na família, que têm a sua própria vida comunitária e, desse modo, desenvolvem seus próprios conceitos e sua própria ordem comunitária.*

Destaca que isto serve também ao direito penal, *pois, desse modo, a ideia da ordem concreta da comunidade é útil para resolver a questão dos limites que deve ter a omissão punível. A determinação do dever de agir, a decisão da questão a respeito de se quem se omite corresponde como autor com a omissão, todos esses problemas requerem o pensamento da ordem concreta*⁴³⁶.

Embora com estas últimas palavras Dahm reconheça a contribuição de Schmitt quanto ao aperfeiçoamento do conceito de comunidade como sistema, dado que cada grupo ou segmento tem a sua própria ordem de que emergem deveres, termina observando que *também para o direito da totalidade do povo tem importância a ideia do pensamento da ordem concreta*, em especial, porque *ressalta que o delito é uma desordem, em especial, por sua insuportável contradição com a ordem ética da comunidade.*

Das próprias palavras de Dahm, embora não pretenda carecer totalmente de originalidade, surge que a principal garantia ideológica de Kiel foi, claramente, Carl Schmitt.

B. O TIPO E O DELITO

1. DAHM E SUA CRÍTICA À TEORIA DO DELITO

Dahm foi o encarregado de levar adiante a crítica aos conceitos neokantianos relativos ao injusto e, em primeiro lugar, de tentar desconstruir a diferença entre criminalização e ilegalidade. Publicou seu trabalho medular a respeito, intitulado *Delito e tipo (Verbrechen und Tatbestand)*, em 1935⁴³⁷, embora tenha insistido em outros muitos escritos.

A exposição de 1935 começa com uma aberta crítica ao neokantismo

436. *Ibidem*, p. 69.

437. Georg Dahm, *Verbrechen und Tatbestand*, cit., p. 62 e ss.

em virtude de seu *normativismo*, entendendo por tal a completa separação *do ser do dever ser* e sua consideração do *ser da vida social* como um caos, por isso, só se ocupa da construção abstrata dos conceitos do *dever ser*, e fica reduzido a *uma técnica de construção de conceitos abstratos*. Cabe demarcar que ele estava totalmente certo.

Em seguida empreende seu ataque à sistemática do delito proveniente do século XIX; assinala que cada autor outorgava primazia em sua construção conceptual à culpabilidade (Adolf Merkel) ou à ilegalidade (Binding), o que já era anunciado pela destruição da unidade do delito, que acredita ter completado Beling em 1906 com a teoria de *Tatbestand*, ao afirmar, sem hesitações, que *o explosivo desta destruição é o tipo*, que, na sua opinião, quebra a *exterioridade do delito* em três níveis: ação, tipicidade e ilegalidade.

A ação é algo sem conteúdo — diz —, pura ação de nervos e músculos, aspecto em que explorava muito bem os pontos mais que fracos do conceito *naturalista* de Liszt (lembre-se que Beling afirmou que a omissão era uma *distensão muscular*), logo reconstruído neokantianamente com a ideia de movimento *voluntário*, mas com uma vontade sem conteúdo. A diferença entre objeto e valoração, própria da primeira concepção objetiva e valorizada do tipo é aquilo que lhe permite enfurecer-se com este conceito do tipo, ao qual atribui como consequência a distinção entre tipicidade e ilegalidade.

Cabe observar que a dogmática de pós-guerra e, em particular, o finalismo realista de Welzel tiveram de encarregar-se de todas estas contradições, ou seja, que Dahm, assim como Schaffstein, como não deixaremos de reiterar, valiam-se dos defeitos da teoria neokantiana do delito para destruir qualquer teoria do delito que respondesse a uma análise estratificada. Do mesmo modo, resultava útil, para seu trabalho de demolição, a distinção entre tipicidade e justificação concebida como regra e exceção, que ridiculariza dizendo que até 22 de janeiro de 1918, milhões de soldados teriam realizado ações típicas de homicídio, lesões, entre outros. A este respeito, critica Mezger, que afirmava que era preciso primeiro fixar a regra para depois limitá-la.

Afirmava que *a teoria das causas de justificação, hoje em dia não está menos questionada que a teoria do tipo*, pois tanto a tese da ilegalidade formal como a material deixam vazio o conceito, sem que haja nenhuma referência ao conteúdo do antijurídico, mais que generalidades, o que se comprova com a tese do estado de necessidade *supralegal*. Sem dúvida, esta crítica era válida, porque, se o tipo não tem nenhuma indicação valorativa,

tudo que é valorativo vai para a ilegalidade, embora não possa negar-se que Max Ernst Mayer já tinha exposto o conceito indicativo do tipo, que em seguida menciona rapidamente. Quanto à questão do estado de necessidade *supralegal* — como dissemos — não era mais que um problema gerado pelo código alemão de 1871, que não continha disposição a respeito e obrigava a construí-la.

Depois destas críticas, em geral, coerentes, fica clara a sua intencionalidade política de exploração de defeitos, porque, imediatamente, faz um enorme salto lógico e passa a considerar que, nos processos pelos delitos contra as leis de guerra cometidos pelos militares — e também nada menos que nos processos dos *Fememordfälle* —, não era possível julgar sem considerar a realidade da necessidade, da legítima defesa, da presunção de legítima defesa, entre outros.

Dizendo com clareza: Dahm destrói conceitos defeituosos para justificar crimes horrendos, que legitima argumentando que *o soldado, o funcionário, está inserido em um mundo que não é seu* (aparentemente é o mundo do Estado), deduzindo que uma ação *soberana* não deixará de ser tal quando superar os limites da ação permitida, submetendo a uma notável crítica a teoria do excesso que domina todos os âmbitos do direito.

Esta é uma afirmação assustadora: se não interpretarmos mal este parágrafo, o sujeito não seria responsável nem sequer por excesso quando a ação fosse estatal.

Volta para a crítica ao conceito de tipo penal por estar vinculado ao *nullum crimen sine lege* e, finalmente — sustenta — em direta dependência da pretensão de submissão do juiz à lei sem deixar nenhum espaço de valorização, segundo a concepção de que a lei limita o poder estatal, conforme a ideia de que o Estado de direito precisa de tipos delimitados. Considera isso proveniente do pensamento do século XIX, que, em sua opinião, requer uma profunda renovação.

Explica que nem todos os advogados criminalistas aderiram à teoria do tipo de Beling, começando por Binding, para quem não havia delito de homicídio nem de apropriação indevida, mas sim homicídio proibido e apropriação indevida proibida. Considera toda outra concepção do tipo *não científica* e julga a de Beling *pouco clara e não saudável*. Revisa a complicada e confusa tese de Beling de 1930, o caráter indicativo de M. E. Mayer e o

injusto típico de Mezger e Sauer, às quais considera tentativas de organizar a relação entre os estratos. Também rechaça a teoria dos elementos negativos do injusto, porque se mantém no nível do pensamento abstrato. Considera corretamente que o descobrimento dos elementos subjetivos do tipo complica ainda mais a natureza descritiva deste. É claro que tem razão neste considerável emaranhado da dogmática penal desses anos, como também em que não se concebe um tipo vazio de subjetividade. O problema é que não o faz para reconstruir, mas sim simplesmente para demolir.

A este respeito é interessante o adiantamento que faz a questões específicas das quais se encarregou a dogmática de pós-guerra e que, no fim, hoje quase ninguém discute. Escreve a respeito, apelando inclusive a Feuerbach: *também a teoria processual do “corpus delicti” dos séculos XVII e XIX desenvolveu uma teoria material do conceito de delito; apesar de decompô-lo em suas partes, desde o começo conservou o olhar sobre a essência das coisas. O “Tatbestand” assinalou principalmente uma unidade real. Assim Feuerbach distinguiu entre “Tatbestand” e merecimento de imputação do delito. Ao “Tatbestand” pertencem junto às características externas também a direção da vontade do autor, que determina a essência do delito.* Citando um livro de Hall, afirma que *o dolo pertence ao tipo, pelo menos, nos delitos que não admitem a forma culposa.*

2. A IRRUPÇÃO DO IRRACIONAL

Até aqui Dahm se mostra, em boa medida, como um inteligente dogmático; sem mencioná-lo, ecoam as críticas de Heilmuth von Weber que punham em relevo as contradições do neokantismo na teoria do delito e levava o dolo ao tipo. Era evidente que o sistema neokantiano não se sustentava: a sua estrutura lógica derrubava-se e seu método resultava às vezes incompreensível. A abstração total da realidade pelo neokantismo e as contradições internas do sistema nessa etapa da dogmática jurídico-penal eram realmente insuportáveis.

Não obstante, merece citar-se *in extenso* o pretendido *salto à realidade* de Dahm, que, na verdade, é um salto a uma construção sistêmica de sociedade concebida por via idealista extrema, pletórica de romantismo radical: *o direito alemão é a ordem vital do povo alemão. Todo agir e ser tem sentido somente da comunidade, que não é nenhuma estrutura normativa nem nenhuma forma externa em conjunto, mas sim uma real e vivente ordem interna. O direito e a vida não são, desse modo, nenhuma contraposição, mas o direito é a realidade*

*em si (não a empírica!)*⁴³⁸ cheia de sentido. A comunidade não está ordenada de fora, mas traz a sua lei em si. Por conseguinte, é falso todo pensamento que sustente a dualidade de valor e realidade, de dever e ser, embora, como é óbvio, a realidade empírica possa estar em contradição com a ordem do populismo e racial⁴³⁹. E continua: *mas nosso ser do populismo não é caos, mas sim ordem, portador, em si, da sua tabela, por isso não pode ser ponderado ou valorado desde nenhuma parte da realidade nem com a ajuda de normas autônomas. Assim como o direito é ordem concreta, o delito é desordem concreta. Tampouco o injusto se deixa separar em valor e realidade, em ilegalidade e tipo. Assim, o fato de dar morte não pode ser visto em si mesmo e logo provido do selo “assassinato”. É de antemão assassinato quando destrói a comunidade. Quem pensa da comunidade, para nada visualiza o fato de matar, mas sim o assassinato e o fato do soldado como duas coisas totalmente diferentes, por isso carece por completo de sentido desenvolver conceitos como o de tipo, que os confunde. Pensar o tipo do fato de dar morte não tem nenhum valor. Essa voz é abstrata, de papel e por completo carente de vida, enquanto “assassinato” significa já na linguagem uma imagem vital*⁴⁴⁰.

A seguir, leva adiante uma crítica radical à ideia de *valor ordenador* própria do neokantismo, mas fazendo surgir o *dever ser* (valor) de um *ser* que concebe com o mais irresponsável idealismo: *Mas, assim como não se pode conceber o exterior acontecer do fato de dar morte, tampouco pode ser pensado o valor como tal, como pura norma. De onde provém então o valor, senão do sentido interno das coisas, do seu ser e operar na comunidade, entendida do povo e da raça? Para nós, o valor, a norma ou a antinormatividade como uma imagem originária, carece por completo de sentido. Junto à imagem do valor vem uma tabela para a valoração, valoração que é imposta ao objeto em si existente. Toda valoração pressupõe uma separação de tabela e objeto e não abrange o sentido e a essência da coisa, mas sim o recebe. Quem acredita na comunidade recolhe o “valor e a tabela” das mesmas coisas, não da realidade empírica, mas da sua ordem interna, do seu ser na comunidade, não pode ver a ação humana de outra forma que na comunidade não como fato individual, independente e natural, tampouco “revestido” pela comunidade como objeto que antes deveu ser ordenado; é portador em si mesmo do seu sentido ou*

438. Observe-se esta exclamação: não lhe interessa a verificação empírica.

439. Em nota, diz que: *deve claramente destacar-se que um Estado de fato, não por isso já é direito, simplesmente porque existe. A realidade pode estar em contradição com a lei interna do nosso povo. Esta observação é importante: não lhe interessa a realidade, que pode ser a da República de Weimar e, por conseguinte, contrária ao programa de sociedade sistêmica que deve impor seu partido. Se a realidade não responder ao seu programa, é a realidade o errôneo.*

440. Georg Dahm, *Verbrechen und Tatbestand*, op. cit., p. 86.

contrassenso, ou seja, em seu ser do populismo.

Traduzido em termos mais explícitos, o que Dahm quer dizer é que, se em um favo de abelhas uma ou duas abelhas fazem as celas de modo diferente, não há nenhum caos prévio no qual o valor do observador ponha ordem, mas as outras abelhas compreendem a *degeneração* das suas companheiras, porque são portadoras do senso de ordem do favo, levam-no instintivamente condicionado, há uma ordem concreta no favo e cada abelha o reconhece. Contudo, vai além: tampouco a verificação de que muitas abelhas — ou inclusive a maioria delas — façam as celas de modo diferente muda a natureza dos fatos, verifica-o empiricamente, mas como algo contrário à ordem do favo, ou seja, que a realidade pode ser contrária à ordem do favo, que só ele e os nazistas imaginam. Não se trata sequer de uma concepção organicista sistêmica baseada no empírico, mas de uma construção idealista da ordem do favo; não lhe interessa a verificação nem um pouco, porque, se verificarem que as coisas são diferentes, é porque estão erradas. Aqui há sem dúvida um longínquo ressaibo de idealismo hegeliano, com o devido perdão de Hegel.

Trata-se de um muito claro acesso à verdade por intuição: *Dali provém a limitação na construção de conceitos jurídicos. O conceito jurídico não está ali para pôr ordem em um caos. Não se depara com nenhuma desordem, mas sim com povo e raça, uma ordem histórica e vital, um interno e completo conjunto de sentido, que não admite ser dividido conforme a lógica abstrata em caracteres e elementos. Não é questão de criar esta ordem, mas de compreendê-la e continuar configurando-a mediante a conscientização da vida interior, que já está viva no membro pensante da comunidade. Não se trata de um problema de construção de conceitos, mas de recreação conceitual, de reflexão conceitual*⁴⁴¹.

3. A FUNÇÃO DA PENA E O DIREITO PENAL DA VONTADE

Segundo Dahm, a pena deve proteger a comunidade daqueles que desde seu interior vão de encontro à lei interna dela, porque não se trata de garantir interesses ou bens, mas sim de garantir a unidade vital da comunidade. Porém, entende que o delinquente não é simplesmente o inimigo da comunidade, e *sim um autor de carne e sangue, com determinadas características, o assassino, o ladrão, o incendiário*. Seu tipo de autor *não é nenhum tipo psicológico, como, geralmente, considera-se quando se entende o novo direito penal de autor como uma simples subjetivação. A autoria é um determinado ser na*

441. *Ibidem*, p. 87.

comunidade, ou seja, que é alguém que, ao agir desta maneira, e embora não queira, altera a comunidade, configura-a de modo diferente.

Esclarece que a caracterização do direito penal nacional-socialista como *direito penal de vontade* foi devido a erros (talvez seja uma objeção a Freisler). Considera que o *Willensstrafrecht* é correto no sentido de que o direito penal não deve assentar-se só e de modo decisivo no resultado, no externo, pois o delito significa algo diferente da simples lesão de interesses e bens, mas afirma que não diz o suficiente, porque a classe do autor não se estabelece apenas pela vontade. *Não significa o mesmo que a imagem psicológica do indivíduo com todas suas particularidades e finezas, mas ao autor pertence aquilo que essencialmente ele é para a comunidade.*

Apesar de tudo, deixa o conceito entre nuvens escuras quando diz: *Junto aos processos anímicos têm decisiva importância para o tipo de autor as condições externas sob as quais vive, seu pertencimento a uma determinada profissão ou estamento, entre outros. Não há nenhuma regra geral, mas sim uma interpretação da manifestação individual. Um indício é dado frequentemente pela linguagem: quando o autor pode ser designado com um substantivo (traidor, assassino, ladrão, estelionatário, sequestrador), geralmente, a essência está na vontade. Quando este não é o caso (abuso desonesto, lesões, desfalque, etc.), maior relevo adquire o resultado e o acontecer externo*⁴⁴².

Cabe observar que esta função atribuída à pena difere muito daquela sustentada três anos antes, no escrito de luta publicado junto a Schaffstein.

4. A DEMOLIÇÃO PARA A ARBITRARIEDADE

Depois destas irracionalidades, Dahm volta a explorar as contradições da teoria do delito neokantiana, afirmando que é mister acabar com o conceito de tipo e com sua separação da ilegalidade, que, no máximo, poderia indicar a ordem de questões para formular em um processo ou em uma sentença, mas *inclusive aqui, não se deve acostumar o jurista prático às separações abstratas que destroem a unidade de sentido do delito.*

Embora exceda o marco limitado da doutrina indicado por Hans Frank, afirma que o próprio legislador deve evitar estas separações, como a do § 59 do código penal, que faz referência em matéria de erro às circunstâncias do tipo, deixando fora o referente à ilegalidade. Obviamente, se na dogmática

442. *Ibidem*, p. 89.

do seu tempo a consciência de ilegalidade pertencia ao dolo e o dolo era parte da culpabilidade, mas, segundo Dahm, o dolo devia passar a formar parte do tipo, já não restaria a possibilidade de distinguir nada. Também afirmava que devia ser suprimida a separação entre ação e tipo, o que, insolitamente, parece bastante neokantiano.

Na verdade, Dahm demolia, com lógica às vezes impecável, uma teoria do delito defeituosa, para levantar sobre o terreno arrasado um edifício confuso e quase incompreensível, que terminava na arbitrariedade judicial incitada por irracionais pseudoconceitos políticos. Assim, afirmava que ao delito não o determina só a posição externa do autor na comunidade, mas também a sua disposição interna revelada pelo delito, por isso, devem formar parte do *suposto de fato* não só seus elementos subjetivos, mas também é necessário incorporar alguns que normalmente se consideram na culpabilidade. Com isso, ele se prende na crítica da separação entre ilegalidade e culpabilidade.

Sustenta que o doente mental não age ilegalmente, que inclusive não realiza nenhuma ação, porque o doente mental que põe fogo a um celeiro é como o granizo que destrói a colheita ou o raio que mata um homem, dado que nenhum deles *age* ilegalmente, não quebrantam nenhuma lealdade à comunidade, e, com isso, não trazem nenhum desequilíbrio ao sistema da comunidade popular. Ao reduzir o comportamento do inimputável a um mero processo causal, deixava-o totalmente alheio ao fenômeno de uma vontade de configurar a sociedade de modo diferente e, por conseguinte, não teria nada que fazer a respeito o direito penal como tal (em sentido estrito). Cabe observar que esta posição apresenta uma enorme similitude com a dos hegelianos, que consideraram a imputabilidade como capacidade de atuação com relevância jurídica.

Quanto à ilegalidade, diz com razão que não existe *em abstrato*, mas, imediatamente, escorrega para a arbitrariedade, lembrando que nos códigos antigos as causas de justificativa não estavam na parte geral, mas se contemplavam em alguns delitos em especial, o que não atribui à incapacidade de abstração, mas a que se respeitava a particularidade dos delitos, conforme um *sentimento* — *talvez muito pronunciado* — *para a particularidade das relações concretas*⁴⁴³.

Lembra a respeito que, embora a maioria da doutrina o rechace, há

443. *Ibidem*, p. 91.

autores — como Graf zu Dohna, em 1905 — que sustentam que alguns delitos não admitem causas de justificativa, o que acredita ser uma *saudável sobrevivência da velha consideração particularizada*. O mesmo sustenta com relação ao consentimento e ao estado de necessidade suprallegal, que devem considerar-se segundo o delito e não em abstrato. Como pode-se observar, a demolição de Dahm somente pretende que o juiz remeta à particularidade de cada caso.

Em resposta a Schwinge, observa que, de qualquer forma, é tributário da jurisprudência de interesses, quando *a lei não visa apenas a objetivos práticos, mas também deve compreender a sua contrariedade à comunidade e a degeneração em seu significado para a ordem popular, em sua configuração ética. Ao tipo legal corresponde um determinado tipo de autor que deve ser captado em sua essência que não pode ser captado só em atenção a considerações de adequação a fim*⁴⁴⁴.

Toma um significativo exemplo de Carl Schmitt e diz: *em consequência, Schwinge deve entender que há roubo se a “Hitler-Jugend” arrebatou uma bandeira a uma organização católica e a queima como troféu. Nós entendemos que não há roubo, porque ladrão não é “quem se apodera de uma coisa móvel alheia”, mas sim quem por sua essência é ladrão. A essência do roubo não se esgota na soma das suas características. Esta perspectiva conduz a uma redução do tipo assim como aparece na descrição conforme o texto da lei. O vazio de previsibilidade nas decisões chega ao máximo quando inverte a pergunta para decidir se a analogia pode funcionar extensivamente em alguns casos: Interpretação legal e analogia — afirma — aparecem ante o pensamento futuro como duas fontes jurídicas diferentes, mas na realidade são uma e a mesma: a concepção vital de um conjunto com sentido, que o legislador tem em vista. Por via do tipo de autor, afirma que o tratamento curativo, o castigo às crianças pequenas, a esterilização e a Schlägemesur estudantil, inclusive sem nenhum preceito legal, não configuram nenhuma lesão corporal*⁴⁴⁵.

5. O JUIZ E O LEGISLADOR

Esta demolição para não construir mais que arbitrariedade política pictórica de escuras nuvens de indefinição, coloca o juiz em uma situação muito particular, na qual supõe que deve decidir na prática, caso a caso, fazendo

444. *Ibidem*, p. 102.

445. *Ibidem*, pp. 103-104.

uso da sua *intuição*, que seria guiada pelo *sentimento jurídico*.

Em 1931, Dahm havia publicado um artigo⁴⁴⁶ em que reclamava que o juiz assumisse maior responsabilidade diante da evidência de que é impossível encerrar na lei todo um mundo de valores. Em matéria processual, afirmou que era impossível compatibilizar um processo que exigisse mais individualização com um juiz de modelo acusatório que não tivesse todos os antecedentes do caso em suas mãos⁴⁴⁷.

Em um trabalho posterior⁴⁴⁸, insiste na necessidade de ampliar o âmbito de decisão do juiz, remetendo a pretendidos conteúdos materiais. À diferença de Schwinge, acredita que, no nacional-socialismo, o legislador e o juiz se encontram no mesmo plano, o que não lhe traz problema, porque ambos respondem à comunidade popular. Cabe lembrar uma vez mais, que muito antes, para Binding, o juiz tinha como missão culminar a tarefa do legislador.

Embora resulte insólito, Dahm acredita que esta potenciação do juiz não cria nenhum risco, e que *o relaxamento do pensamento formal e o aumento de poder do juiz correspondem com um crescente vínculo material e político. Assim, ao futuro não pertence um critério judicial “livre”, mas “vinculado”, onde, em primeiro lugar, encontra-se a ligação com o conteúdo jurídico material, com a concepção do populismo e com a vontade da condução política, com o que retrocede a dependência da lei formal e da vontade do legislador histórico*.

Na mesma linha, considera que a derrogação da legalidade penal não implica nenhum direito livre — que seria negativo para a autoridade do *Führer* —, mas o juiz fica vinculado à concepção do populismo e à vontade da condução política. Neste sentido, é quase impossível acreditar que sua reflexão não seja uma brincadeira de mau gosto: *o aumento do poder do juiz na realidade é aparente. O juiz está mais vinculado que antes à vontade da condução política e à concepção do direito da comunidade e justamente esta ligação é que permite impor a sua liberdade em relação à lei formal. Só a este preço é plausível a crescente renúncia à segurança jurídica formal e às tábuas rígidas, sem possível arbitrariedade. Nisto, precisamente, torna-se visível a mudança do Estado de direito liberal para o Estado popular justo e autoritário. A liberdade em relação à lei só se corresponde com um juiz enraizado no popular, no novo estado vital e obrigado perante a sua condução política*. Não obstante, reconhece que o

446. Georg Dahm, *Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht*, em *Recht und Staat*, n. 78, 1931.

447. Cfr. Horst Schröder, *op. cit.*, p. 10 e ss.

448. Georg Dahm, *Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht*, em *Deutsches Recht*, março de 1934.

nacional-socialismo não tem ainda esses juízes, com que parece sonhar para o futuro (talvez os da família judicial racialmente pura de Falk Ruttke⁴⁴⁹).

É pouco discutível que Dahm caía em um paroxismo de romantismo sistêmico, ao qual chegava por um caminho tortuoso: usava o racional para demolir uma teoria defeituosa, mas, imediatamente, pulava para um irracionalismo intuitivo que confiava em futuros juízes ainda inexistentes, ligados aos conceitos políticos nebulosos do nacional-socialismo.

C. O TIPO DE AUTOR

1. DO FATO AO AUTOR: ERIK WOLF

A ideia própria do positivismo, segundo a qual não pena *o fato*, mas *o autor*, desde muito antes, havia deslocado boa parte do interesse da doutrina para a personalidade do delinquente, em busca de critérios de *periculosidade* conforme os quais se imponha uma pena a partir dos princípios da prevenção especial tudo guiado pela criminologia etiológica e inclusive *clínica* da época. Na Alemanha, esta *subjetivação positivista* esteve representada pelo pensamento de Liszt e, por sua vez, os estudos criminológicos deram lugar aos chamados *tipos criminológicos*, próprios das várias *classificações de delinquentes* comuns desde o fim do século XIX.

Por conseguinte, quando o nazismo chegou ao poder, a tendência a incorporar o autor ao direito penal não era nova. Não obstante, produz-se uma variável, que se costuma expressar com a ideia de que sua incorporação deve ocorrer por via de um *tipo de autor normativo* e não *criminológico*. Embora no início não ficasse muito claro qual era a diferença, no curso das discussões dogmáticas desses anos, está foi sendo esclarecida.

O primeiro passo, nesse sentido, correspondeu a Erik Wolf (1902-1977) em um conhecido trabalho de 1932⁴⁵⁰, sobre cujos conceitos insistiu em 1935⁴⁵¹. Nesse último escrito, Wolf afirmava que, *quando a essência da pena se encontra na concreta valoração da comunidade do povo sobre o delinquente e não meramente na formal retribuição da culpabilidade individual, então a pena tampouco é mais o sofrimento individual do delinquente com o fim de satisfazer ao lesado, mas sim uma diminuição da personalidade do autor na comunidade, que, portanto, encontra-se em sua existência social e não na*

449. Cfr. *supra*, II, B. 1.

450. Erik Wolf, *Vom Wesen des Täters*, Tübinga, 1932.

451. *Idem*, *Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze*, em ZStW (54), 1935, p. 544 e ss.

privada. Com isto, supera-se a ideia liberal de pura retribuição e satisfação.

Wolf afirmava que, em um *Estado total*, a pena de morte é a expressão do domínio absoluto da totalidade sobre o indivíduo, por isso, careceria de sentido neste raciocínio opor argumentos contra a pena de morte, pois essa se legitima diretamente em função da ideia do Estado. Cabe demarcar que as considerações sobre a pena de morte nos documentos de reforma penal eram bastante insólitas: executava-se por decapitação, o enforcamento era sempre infamante, a alternativa de permitir o suicídio não era considerada (com arma ou veneno) porque seria uma atenuação, o último desejo estava condicionado, entre outros⁴⁵².

Como no Estado total não há delinquente *decente*, o especial tratamento ao delinquente por consciência dissidente propugnado por Radbruch desaparece, desde que o Estado dá por garantida a sua superioridade ética. A pena, por conseguinte, deverá ser estabelecida conforme o autor se mostre em maior ou menor medida como membro da comunidade, ou seja, segundo o seu grau de perda da honra, que, como sabemos, para o nazismo, era a perda de confiança em relação ao seu comportamento segundo a ética da comunidade popular, quer dizer, segundo o grau de *traição à comunidade* que tinha confiado nele.

Conforme estas premissas, Wolf elaborou seu *tipo de autor normativo*, como *tipo de disposição interna* (*Gesinnungstypus*), não em um sentido psicológico nem no de uma ética individual, mas sim no de uma *concepção do mundo* *sã*. Considerava que isso não era uma questão de culpabilidade, mas de injustiça, em que haveria um jogo duplo de verificações típicas: primeiro o tipo do fato objetivo e logo o tipo de autor subjetivo, com todos os elementos subjetivos do injusto e os da disposição interna (*Gesinnung*). Se a ilegalidade de cada delito tem de fundar-se objetivamente no tipo de fato e subjetivamente no tipo de autor, pergunta-se se não terá que acrescentar um estrato ao delito, embora não o afirme⁴⁵³.

Para Wolf, este tipo de autor cumpriria uma função somente de agravante ou atenuante, mas não excludente⁴⁵⁴. Propõe a questão de averiguar se o tipo de autor não se completa com o estamento a que pertence este, ou seja, que o vincula à violação do dever derivada da posição na comunidade,

452. *Ibidem*, p. 547.

453. *Ibidem*, p. 552.

454. No caso do roubo da bandeira católica pela *Hitler-Jugend* do exemplo de Schmitt e de Dahm, atenuaria, mas não absolveria.

o que parece mesclar o subjetivo com o objetivo (violação ao dever segundo sua posição na comunidade popular). Não se trata de valorar os sentimentos individuais do autor, porque o Estado *não é o vingador dos sentimentos de dor do lesado, mas o executor do juízo de desvalor do povo sobre um fato e um autor típicos*⁴⁵⁵.

Em síntese, o que Wolf propõe com seu *tipo de autor* não é um *autor por trás do autor* no sentido de uma autoria imediata, mas sim *por trás do autor* formal, considerado assim no tipo objetivo, considere-se o mesmo autor quanto à disposição interna com que realizou o fato, do ponto de vista da comunidade popular, de forma que permita estabelecer até que ponto a sua disposição interna era contrária às exigências éticas da comunidade. Por isso, propõe que junto a cada tipo objetivo se pense em um tipo subjetivo particular, que não abrange o dolo, mas sim a disposição interna do sujeito contrária à ética da comunidade popular, ou seja, que primeiro o juiz estabeleça se o sujeito cometeu o fato objetivo, mas imediatamente considere a disposição interna do ânimo do autor para valorar a contradição desta com a exigência ética da *Volksgemeinschaft*, e até que ponto o autor expressa, no fato, a sua contrariedade anímica a estas exigências éticas que surgem da situação particular do autor no seio da comunidade (militar, professor, sacerdote, operário, etc.).

Não era a primeira vez que, na teoria do delito, considerava-se a disposição interna, mas, até esse momento, tinha sido como matéria que recriminava a culpabilidade. Conforme o critério segundo o qual a comunidade popular considerava ilegal tudo aquilo que se opunha às suas exigências éticas, Wolf baixou a disposição interna ao injusto porque, dentro desta concepção nazista, tratava-se de ver se o comportamento que objetivamente não correspondia às exigências éticas também estava acompanhado por uma disposição interna convergente com o que manifestasse o fato objetivo. Em uma etização total do direito penal, isto resulta coerente, porque finalmente busca condenar os *degenerados* e pode ser que a disposição interna não seja tão *degenerada* como o fato externo deixaria supor.

2. O TIPO DE AUTOR NORMATIVO DE DAHM

Não vale a pena entrar nos detalhes do trabalho de Dahm sobre o tipo de autor normativo, que foi adiantando em vários trabalhos, porque, em

455. Erik Wolf. *Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze*, op. cit., p. 564.

suma, não fez muito mais que retificar em alguma medida o conceito sobre aquilo que Wolf já tinha avançado bastante, principalmente, por imposição do seu rechaço à estratificação teórica do delito.

Expôs seu pensamento a respeito de forma mais orgânica, em um extenso trabalho de 1940, em que reconhecia que Wolf inscreve-se na corrente que desde muito antes reparava no autor, e não entende o tipo de autor do ponto de vista da prevenção especial nem tampouco criminalmente, mas sim — por influência da filosofia de Heidegger — localiza-o como um *ser-pessoa* dentro da comunidade jurídica e reforça o momento da disposição interna⁴⁵⁶.

Dahm parece querer outorgar uma perspectiva mais claramente sistêmica ao conceito, que se reforça com sua ideia de unidade teórica do delito.

Conforme seu rechaço a toda estratificação teórica do delito, Dahm não admite a dupla tipicidade de Wolf, por isso afirma que o tipo de autor normativo é uma unidade inseparável do objetivo com o subjetivo (disposição interna). A ilegalidade do fato do autor estaria dada por esta unidade objetivo-subjetiva, por isso, à diferença de Wolf, admite que a ausência de disposição interna possa dar lugar não só a uma atenuação, mas também à eliminação mesma do injusto. Os seus exemplos são ilustrativos: os que queimaram as bandeiras francesas tomadas na guerra franco prussiana e que, segundo o tratado de Versalhes, deviam ser devolvidas a França não eram *ladrões*, porque não tinham a disposição interna do *ladrão*⁴⁵⁷.

De qualquer forma, não fica por completo claro como constrói seu tipo de autor, porque, embora exija a disposição interna, isto não é uma questão psicológica, mas sim objetivada: *com o fato, vem também uma imagem do autor, que, na linguagem comum, traduz-se que, com o assassinato, vem uma certa imagem do assassino, e com o encobrimento, a do encobridor, de modo que fato e autor não são uma contraposição*⁴⁵⁸.

Confunde bastante que se refira a dois tipos de autor, o individual e o social. O primeiro pareceria ser o tipo criminológico e o segundo como partícipe ou membro da comunidade: *usando uma expressão um pouco descolorida, poderia dizer-se que alguém é o tipo especial preventivo e outro o repressivo*⁴⁵⁹. Um advogado criminalista que sustentasse a teoria estratificada, diria que o

456. Georg Dahm, *Der Tätertyp im strafrecht*, Leipzig, 1940.

457. *Idem*. *Der Methodenstreit*, cit., p. 29.

458. *Ibidem*, p. 24.

459. *Ibidem*, p. 29.

primeiro joga na culpabilidade e o segundo na ilegalidade, mas Dahm não podia admitir isto. Na realidade, o que quer dizer é que seu tipo de autor é indicador de ilegalidade e, por conseguinte, fundamentador da criminalidade mesma do fato, legitimadora da punição.

A concepção popular que visualiza o assassino, o ladrão, o estelionatário, mesmo que o sujeito concreto tenha causado uma morte, tenha tomado uma coisa alheia ou tenha enganado outro, e que permite a Dahm construir seu complexo tipo de autor objetivo-subjetivo como conjunto, merece, sem dúvida, objeções pela sua fraqueza conceitual e conseguinte incerteza, contra as que este tenta precaver-se: mas não nos dirige a romântica imagem de que por trás de cada conceito jurídico encontramos a correspondente concepção popular. A ordem conhecida e aproximada está diante de nossos olhos. Não desconhecemos a indeterminação nem a falta de unidade e de estabilidade da concepção popular, às vezes inclusive em questões importantes, como tampouco a pluralidade interpretativa destes conceitos nem o peso da técnica pura e da racionalidade no direito. Mas tudo isto não muda em nada o núcleo da concepção que aqui sustentamos, em especial quanto a que o direito — e precisamente em ampla medida o direito penal — não desenvolve só conceitos técnicos nem artificiais que se inventam racionalmente na oficina do legislador. Conceitos como assassinato e roubo, adultério ou calúnia, são conceitos históricos e orgânicos, que o legislador não faz surgir do nada, mas que em certo grau já preexistem na consciência do povo. Isto não significa que esses conceitos se encontrem já preparados na concepção popular e que não demandem do legislador a sua exata delimitação (como, por exemplo, o roubo da apropriação indevida). A concepção popular não é nenhum livro de desenhos que, simplesmente, pode-se ler, mas sim um material rústico que o legislador e continuamente o juiz encarregam-se de dar forma. Uma reafirmação no direito positivo experimenta esta concepção mediante o novo § 2 StGB, assim como resulta das questões particulares ali reguladas, assinalando no fato o vínculo das ideias legais fundamentais e o são sentimento do povo como a linha dominante de toda a administração de justiça⁴⁶⁰.

Dahm insiste nas contradições do esquema neokantiano, na impossibilidade de montar o delito como uma máquina, como um quebra-cabeças de peças soltas, com uma ação *naturalística*, um tipo vazio de valor, o dolo fora do injusto, e oferece seu tipo de autor como a conexão de todas as

460. *Ibidem*, p. 35.

peças, com o que pretende outorgar organicidade ao seu conceito do delito. Sustenta que, em cada ação tipificadora (supõe-se que do legislador), *há uma dupla contraposição: por um lado, o tipo estabelece uma certa generalização e sintetização das coisas, mas, por outro, pressupõe uma limitação que resulta da necessidade de uma similitude adequada à essência que o tipo abrange em conjunto. Uma concepção tipificadora do direito neste sentido seria um pensamento jurídico de casos, oposto a um direito de exagerada generalização*⁴⁶¹.

Ao retroceder neste caminho, o tipo de autor *importa, principalmente, uma imagem reitora e uma linha para a interpretação da lei*⁴⁶² e, portanto, cumpriria uma função redutora da amplitude que proporciona a mera consideração objetiva: *tal comparação e volta às relações vitais típicas tem como consequência, principalmente, uma redução e uma compressão dos tipos e, consequentemente, uma limitação da pena*⁴⁶³.

Em síntese, pode afirmar-se que Erik Wolf percebeu que, em uma etização total do direito penal, como é o caso da concepção sistêmica da comunidade popular nazista, em que a fonte do direito é justamente a ética desse sistema, que gera os correspondentes deveres segundo a posição que cada sujeito ocupa em seu seio, e que considera *honra* a confiança nele depositada como observador destes deveres, não era suficiente para estabelecer o grau de ilegalidade de um fato a mera verificação da sua exterioridade. Era necessário também criar um tipo subjetivo de autor que permitisse valorar a disposição interna do ânimo com que o sujeito tinha realizado o fato, para estabelecer o grau de subjetividade contrária às expectativas da comunidade, como uma espécie de corretivo do tipo objetivo, que permitiria uma eventual atenuação da pena.

Dahm foi muito além e sustentou que essa tarefa não podia ser dividida, pois o injusto integrava-se com uma unidade inseparável do externo e interno do comportamento, gerando um tipo de autor que, na verdade, era todo o tipo de injusto e quando abrangia componentes geralmente considerados parte da culpabilidade (nada menos que o dolo mesmo e portador da consciência de ilegalidade), acabava tornando o seu tipo de autor um tipo do delito (*Verbrechenstypus*) ou imagem reitora, que permitia recompor a imagem completa do delito.

461. *Ibidem*, p. 58.

462. *Ibidem*, p. 41.

463. *Ibidem*, p. 42.

Não sabemos até que ponto influenciou nesta pretensão de tipo ou imagem total do delito a concepção de Beling de 1930, mesmo que este último tenha almejado outro objetivo, que a nosso entender era juntar ou recompor aquilo que o neokantismo havia estragado de forma incoerente, dado seu afã por não renunciar ao esquema *objetivo- subjetivo*.

Capítulo VIII

KIEL E A CULPABILIDADE

A. O TIPO DE AUTOR RESOLVE TUDO

1. A OMISSÃO DA OMISSÃO

Schaffstein penetrou talvez com maior profundidade que Dahm nos rincões da teoria do delito. Assim como seu colega, sustentava uma concepção geral basicamente omissiva de todos os delitos, pois, se a essência de todo delito era a violação a um dever, isto significa que era substancialmente a omissão de cumprir com o dever que emanava da comunidade. Como vimos, os de Kiel chegaram a sugerir que os delitos poderiam ser classificados novamente segundo os deveres violados, e não os bens jurídicos ofendidos.

Esta generalização da omissão — motivada pela obsessão de acabar com a exigência de ofensividade na construção conceptual do delito — levou-os a criticar a teoria do delito omissivo, do modo como estava exposta em seu tempo. Não obstante, não podiam negar que havia tipos ativos e omissivos na lei e além disso, uma construção doutrinária acerca do delito impróprio de omissão, quer dizer, um *falsete* construído analogicamente, que permitia a elaboração de um tipo omissivo não escrito a partir de cada tipo ativo escrito.

Um trabalho publicado por Schaffstein em 1936 — na homenagem a Gleispach⁴⁶⁴ — está dedicado a criticar a teoria dos delitos impróprios de omissão, assim como era proposta pela dogmática penal do seu tempo. Não tem inconveniente algum em assinalar que a equiparação entre tipos ativos e omissivos é imposta pela comum condição de *lesão ao dever* (*Pflichtverletzung*) e de *contrariedade ao dever* (*Pflichtwidrigkeit*), como exigência comum para todos os delitos — ativos e omissivos — por igual.

Certamente, a construção do tipo do impróprio delito de omissão a partir do tipo ativo e por via da analogia não lhe causava nenhum problema, dada a supressão do *nullum crimen sine lege*, conforme a redação de 1935 do

464. Friedrich Schaffstein, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, em *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlin e Lipsia, 1936, p. 70 e ss.

§ 2 do código penal,

2. O TIPO DE AUTOR COMO DOGMA

Schaffstein insistia em que o dever (*Pflicht*) de cuja contrariedade trata-se emergia do sistema imaginário chamado de *comunidade popular*, dependendo da posição que ocupasse o autor dentro desta. Em termos mais atuais, poder-se-ia dizer que, segundo esta tese, a toda pessoa incumbe uma *posição de garantia* que resulta da sua condição na comunidade (professor, militar, funcionário, vizinho, marido, etc.), quer dizer que cada um tem o dever de garantir o cumprimento de certas normas éticas da comunidade, diferentes segundo a posição particular que ocupe em seu seio.

A chamada agora *posição de garantia* que surge de que todo tipo de delito omissivo *escrito* é um tipo *próprio* (de autor qualificado) e que é estendido pela doutrina até hoje dominante, ao construir analogicamente os tipos de impróprios delitos de omissão não escritos, na concepção de Kiel, deixava de ser uma particularidade dos tipos (escritos e não escritos) de impróprios delitos de omissão e passava a ser um pressuposto comum a todos os delitos (ativos e omissivos).

Schaffstein precisava, mais uma vez, que a contrariedade ao dever de qualquer delito era a contrariedade a um dever emanado da comunidade popular em forma sistêmica e que, por conseguinte, não era concebido como um dever *jurídico separado da ética*, mas sim, conforme o rechaço da distinção iluminista entre ética e direito (segundo a sua sabida regressão pré-moderna), tratava-se sempre de um *dever ético* que, ao mesmo tempo, era *jurídico*. Não deixava de explicar — de forma prolixa, certamente — que não se tratava de uma ética cristã nem iluminista, mas da que surgia do próprio sistema (comunidade do povo) e se tornava consciente no *são sentimento do povo alemão*.

É claro que não escapava a sua atenção o mesmo problema que continua sendo postulado até o presente quando se constroem tipos não escritos de impróprios delitos de omissão a partir dos tipos ativos escritos, ou seja que, ao reverter a proibição em mandato (quando o *não mates* se converte em *não leses a vida*), mesmo que a operação lógica seja perfeita e um mandato se possa expressar como proibição e vice-versa, a verdade é que, por limitações da linguagem, o campo do proibido resulta sempre mais limitado na formulação proibitiva. Embora não o diga, diante desta amplitude do injusto reformulado como mandato, vê-se necessitado de encontrar alguma forma de

limitação ou redução a essa extensão inadmissível do campo do ilegal causada pela pura leitura da proibição como mandato.

Assim como perante quase todos os desafios da teoria do delito, a solução dos advogados criminalistas de Kiel remete ou se refere ao *tipo de autor*. No mencionado trabalho, Schaffstein se dedica a vincular o *tipo de autor* (*Tätertyp*) com a omissão, para atribuir ao primeiro a função de corretivo redutor do campo do ilícito, descartando do injusto os casos em que não mediasse coincidência entre o tipo de fato e o de autor.

Em alguma medida, dá a impressão de que a manipulação que faz com a sua remissão limitadora ao tipo de autor é quase idêntica à proposta do atual *equivalente do conteúdo injusto*, posto que, de forma expressa, assinala a necessidade de um critério que permita verificar a equivalência: *é apenas necessário destacar, de forma especial, que a contrariedade ao dever na omissão no sentido amplo em que a entendemos não sempre é suficiente para equiparar o não impedimento do resultado com sua produção ativa*⁴⁶⁵.

Em síntese: sustenta que é ilegal a contrariedade ao dever emergente do sistema da comunidade popular apenas quando deve entender-se que a omissão imprópria equivale à produção ativa do resultado, nos supostos em que, conforme o *são sentimento do povo*, o infrator é considerado um *assassino*, um *ladrão*, um *abusador*, entre outros. Se não for considerado como tal, o juiz — depois de *auscultar o são sentimento do povo* — deveria concluir que o comportamento não seria violador do dever emanado da comunidade popular e, por conseguinte, não seria ilegal.

A crítica de Kiel à consideração das causas de justificativa como exceções à proibição (conforme o critério da *regra-exceção*) e ao valor indicador do tipo em relação à ilegalidade de Max Ernst Mayer, Schaffstein parece esquecer-la, porque outorga um peso tão forte ao tipo de autor como redutor da amplitude da injustiça resultante da pura reversão lógica da proibição em mandato, que afirma que, nos tipos de impróprios delitos de omissão, a mera realização do tipo reveste valor *indicador*.

Acreditamos que para valorar a importância do que acabamos de sintetizar, é mister parar para pensar um momento nas consequências reais desta construção no plano da realidade social do seu tempo: o nazismo tinha descoberto o enorme poder da comunicação em massa (especialmente da

465. *Ibidem*, p. 102.

radiotelefonia), controlava toda comunicação, criminalizava a escuta de emissoras estrangeiras, o *Führer* reivindicava penas drásticas para delitos em concreto cujos autores considerava não condenados com o suficiente rigor punitivo, o povo não tinha forma de escutar outras vozes nem havia outros debates, a linha do partido era traçada por seu diário oficial (o *Völkischer Beobachter* ou *Observador Popular*). A qual fonte pode pensar-se que recorria o juiz *prudente* (que não quisesse ser destituído) para *auscultar* o *são sentimento do povo*?

Lida desde esta perspectiva, a construção de Kiel não parece ser mais que uma racionalização de baixo nível, embora em termos dogmáticos não possa negar-se que tivesse alcance e criatividade construtiva.

B. A NEGAÇÃO DA EXIGIBILIDADE

1. AS DUAS ETAPAS CRÍTICAS: 1933 E 1938

No trabalho a respeito dos impróprios delitos de omissão, Schaffstein não deixa de enfatizar a sabida afirmação de que *a essência do autor é determinada não só pela causação de uma lesão ao bem jurídico, mas também, conjuntamente, pela natureza do respectivo delito, principalmente mediante a forma de comissão, a concreta posição de dever do autor, a disposição interna (Gesinnung) que resulta do seu comportamento e o motivo do fato*⁴⁶⁶.

A referência última *ao motivo do fato* é normalmente considerada na culpabilidade, conforme a estratificação teórica tradicional do delito. A menção que faz Schaffstein deste critério no campo da delimitação da ilegalidade não é mais que uma insistência na negação do critério analítico de construção do delito, ou seja, neste caso, à negação de toda distinção entre ilegalidade e culpabilidade.

Aparentemente, Dahm se enfureceu com a distinção de tipicidade e ilegalidade, enquanto Schaffstein se ocupou mais da destruição da diferença entre ilegalidade e culpabilidade, embora, no fundo, o curso do seu pensamento leve a um desmanche do conceito mesmo de culpabilidade.

Cabe observar que a questão das relações do tipo com a ilegalidade sempre foi doutrinariamente complexa e que, finalmente, a tese dos elementos negativos do tipo também a nega, sem responder necessariamente

466. *Ibidem*, p. 105.

a um direito penal autoritário, por muito que se possa objetar por razões sistemáticas. Contudo, não acontece o mesmo com a distinção entre injusto e culpabilidade, que é realmente o muro que separa a lesão da sua recriação personalizada em qualquer teoria do delito que respeite a dignidade de pessoa, e menos ainda, se isto se transformar, como parece acontecer neste e em outros casos, em uma supressão final do conceito mesmo de culpabilidade.

Isto obedece, em grande medida, a que até o nível do injusto (quer dizer, aquilo que tradicionalmente é considerado como ação típica e ilegal) a doutrina penal pode manipular elementos conceituais da generalidade do direito, mas a culpabilidade é sempre um conceito exclusivamente penal, essencialmente próprio do direito penal, e o possível auxílio procedente, por exemplo, do direito civil ou do administrativo é muito fraco ou inexistente. Em matéria de culpabilidade, praticamente as únicas referências úteis desde outro ramo jurídico são, obviamente, as que procedem do direito constitucional, mas quase só isso.

Em consequência, a tarefa de Schaffstein era aquela verdadeiramente decisiva para a demolição da construção analítica ou estratificada da teoria do delito. Houve dois momentos em que este autor tentou dissipar a questão da culpabilidade: o primeiro corresponde a um trabalho publicado em 1933, no qual criticava o conceito de *exigibilidade*⁴⁶⁷; o segundo, mais medular e básico na proposta de Kiel, é o que publicou na resposta a Marburgo junto com o já exposto trabalho de Dahm⁴⁶⁸.

2. A PRETENDIDA INUTILIDADE DA EXIBILIDADE

No escrito de 1933, afirmava que não era a sua intenção proporcionar um novo conceito de culpabilidade, mas se limitava a criticar a exigibilidade, quer dizer, a desmanchar sua base normativa, por isso, adverte que não deixa de considerar que a culpabilidade normativa em geral é uma espécie de equivalente ou paralelo, no plano subjetivo do delito, à ilegalidade material no plano objetivo. Cabe pensar que, para os autores de Kiel, estes não seriam mais que *costuras* na teoria estratificada.

Quanto à exigibilidade em si, partia das duas diferentes formas de

467. Friedrich Schaffstein, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldtausschließungsgrund*, Lipsia, Deichert, 1933.

468. *Idem*, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, em Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts*, Berlim, W. De Gruyter, 1938.

quantificá-la que haviam sido propostas, ou seja, estabelecer a magnitude da contradição da subjetividade do autor com a essência da norma mediante a valoração ética da motivação conforme a potencialidade psicofísica do autor individual; ou de fazê-lo conforme a média das possibilidades psicofísicas dos cidadãos do Estado em geral⁴⁶⁹.

Observava nosso autor que a jurisprudência de *Reichsgericht* quase não registrava casos de inexigibilidade supralegal em delitos dolosos, enquanto, nos culposos, existiam algumas absolvições, mas, de forma explícita, só se mencionou a exigibilidade no célebre caso do motorista (*Leinenfänger Fall*) que, em Munique, e sob ameaça de ser demitido, viu-se obrigado a acatar a ordem do patrão e acoplou uma égua ao seu carro de distribuição de cerveja, apesar de ter notado que o animal tendia a desprender-se, pelo defeito de passar a cauda sobre as rédeas e atingi-las, o que realmente aconteceu; o animal se desprende e levou à morte de uma pessoa. Certamente, o outro caso que se costuma citar é o da *cegonha* (*Klapperstorch Fall*) tratado por Freudenthal, mas que não é mencionado neste lugar⁴⁷⁰.

Este trabalho de Schaffstein de 1933 refere-se, em particular, às chamadas *causas supraleais de desculpa*, pelo qual o autor manifesta que a crítica à exigibilidade pode ser abordada de três planos diferentes: 1) crítica à teoria normativa da culpabilidade; 2) crítica à exigibilidade mesma; 3) crítica à admissão de causas supraleais de desculpa em função de inexigibilidade.

Afirma que o conceito de uma relação valorativa entre um ser psíquico e um juízo de valor é uma questão construtiva, mas que carece de valor prático quando se pretende estabelecer limites e conteúdo à culpabilidade. No que respeita à questão da *supralealidade*, afirma que responde a uma luta metodológica entre o positivismo lógico-formal e o normativismo teleológico, em que se enfrentam, de um lado, quem sustenta que é possível preencher as lacunas do direito positivo, com os positivistas jurídicos radicais; de outro, quem nega a existência dessas lacunas.

Sustenta Schaffstein, que, embora o método teleológico seja necessário para admitir as causas supraleais, não é suficiente, dado que pode haver aqueles que compartilhem esse método, mas não as admitam. Tampouco acredita ser coerente que não se admitam as causas supraleais de justificativa

469. Friedrich Schaffstein, *Die Nichtzumutbarkeit*, op. cit., p. 9.

470. Trata-se do caso da parteira da aldeia mineira, obrigada a denunciar os nascimentos ocorridos aos domingos como acontecidos em segundas-feiras, porque, desse modo, os mineiros tinham um feriado.

por rechaçar a ilegalidade material, e que, em seguida, admitam-se as de desculpa no nível da culpabilidade.

Atribui a Freudenthal e a outros autores partir de Georg Jellinek acerca do direito concebido como um *mínimo ético*, para reconhecer que a lei persegue fins práticos que consistem na proteção de interesses, mas, quando nessa proteção o formal leva a condenar algo que não interessa ao mínimo ético do direito, faz-se intervir a culpabilidade como juízo ético. Ao proceder desta maneira conforme o critério individual (a potencialidade psicofísica do indivíduo concreto), afirma que estes autores introduzem a moral no direito e confundem os dois planos, o que parece ser uma objeção somente à coerência interna do sistema que se critica, considerando que procede de um teórico de Kiel.

Critica a tese que pretende ver na exigibilidade uma condição da prevenção geral, levando em consideração os argumentos que contra a exigibilidade se formularam das teses preventivas gerais. Quanto às posições da prevenção especial, destaca que a culpabilidade de caráter, que busca um efeito psicológico preventivo sobre o condenado, também fundamenta na inexigibilidade os supostos em que a personalidade do condenado não responde às características que revelam a necessidade desta intervenção preventiva especial. No entanto, como observa que, em geral, os partidários da prevenção especial tampouco negam o efeito preventivo geral, embora, no caso, não o demande a personalidade do infrator, a pena não deixaria de legitimar-se inclusive desde esta perspectiva por via da prevenção geral.

Acredita, desse modo, ter provado que a ideia de *exigibilidade* não é capaz de proporcionar um critério limitador da culpabilidade nem nos delitos dolosos nem nos culposos.

Esclarece que sua crítica à exigibilidade *não se dirige ao conceito normativo de culpabilidade nem ao fundamento da possibilidade de escusados supraleais. Discutir-se-á apenas que precisamente a não exigibilidade de seguir a norma em razão de anormais motivações seja uma causa supraleal de desculpa além dos casos reconhecidos na lei.*

3. TAMPOUCO SERVE COMO FUNDAMENTO PARA A SUPRALEGALIDADE

Cabe insistir em que a questão das *causas supraleais de desculpa* era um problema alemão próprio do código de 1871 (StGB 1871), que carecia de

disposições sobre o estado de necessidade. Contra a admissão da exigibilidade como fundamento dessas *causas supralegais de desculpa*, entende que se sustentam três considerações possíveis, que rechaça sucessivamente. Quanto à primeira, que partiria da ideia do direito como mínimo ético individual, e afirma que, nos casos em que não mediasse uma recriminação ética, deveria também prescindir de uma recriminação de culpabilidade jurídica, rechaçando essa dedução e alegando que conduz a uma tabela individualizada de exigibilidade que não dirige bem a relação entre moral e direito.

Quanto ao outro critério avaliador, conforme o qual a norma de dever perde vigência quando à média dos cidadãos do Estado, nas mesmas circunstâncias particulares, tampouco tivesse sido exigível motivar-se na norma, objeta que este argumento, que, segundo sua opinião, conduziria a um critério de exigibilidade generalizado, vincula-se a uma concepção psicológica do direito e afirma que é precisamente nisto onde está sua falha, porque a validade da norma jurídica não está condicionada pela sua *facticidade*, mas sim é de natureza normativa e só depende da compatibilidade da norma individual com o espírito do sistema jurídico do qual faz parte. Aqui parece saltar a barreira até exigir a realização do impossível, não só ao sujeito concreto, mas inclusive à generalidade dos habitantes.

De imediato, observa que, basicamente, vinculou-se a exigibilidade com a culpabilidade de caráter, derivando desta a exigência da adequação da personalidade ao fato. Sem dúvida, aqui refere-se à *personalidade do autor* entendida no sentido da prevenção especial, ou seja, psicologicamente, e não no posterior desenvolvimento do tipo normativo de autor, que nada tem a ver e levaria a resultados diametralmente opostos. Esta falha existiria quando a média dos cidadãos do Estado não se conduz como o autor, do que se deduz a necessidade de corrigir o autor ou de assegurá-lo.

Afirma que, contra esta consideração preventiva especial, elevam-se, principalmente, considerações metodológicas, pois, como a lei não se pronunciou unilateralmente pelo princípio de prevenção especial, restam funções de prevenção geral que seguem sustentando a necessidade da pena até nestes casos, embora não se apresente a culpabilidade de caráter no autor. *O efeito preventivo geral do direito penal se enfraqueceria em considerável medida com o reconhecimento de um efeito de excusa geral da inexigibilidade. As normas penais veriam prejudicada sua junção determinante porque aos que a norma se dirige se inclinariam muito por reclamar a sua*

inexigibilidade. Existiria o perigo de que o mesmo juiz subestimasse a exigência de cumprimento da norma. Não se priva de acrescentar: este perigo é maior, assim como prova o desenvolvimento da praxe da quantificação penal, em nosso tempo de crise cultural e quebra de valores, com a tendência individualista das últimas décadas a influenciar na valoração do juiz. É óbvio que, neste último parágrafo, vem à tona o espírito autoritário exposto pouco antes no escrito de luta com Dahm, que propugnava uma forte intimidação como contenção ao delito, transbordado segundo estes autores — e os nazistas em geral — pelo caos da república de Weimar.

4. A LEGITIMAÇÃO IDEOLÓGICO-POLÍTICA

Quanto às objeções ideológicas ou de fundamento filosófico, afirma que *as concepções do mundo vinculadas ao princípio da exigibilidade são o naturalismo e o individualismo. Na argumentação pela teoria da exigibilidade, atingimos duas vezes o naturalismo: uma, na tentativa de solução sociopsicológica do problema da validade do direito; a outra, na derivação do efeito excludente da culpabilidade da inexigibilidade a partir da concepção da culpabilidade como culpabilidade de caráter, o que reconduz a concepção causal e, por conseguinte, naturalista, do delito. Individualista é tanto o fundamento como a tabela de valor da orientação etizante da teoria da exigibilidade, adequado ao por si individualista juízo de valor jurídico da ética individual. Porém, também é individualista a acentuação da prevenção especial que corresponde à vinculação da ideia de exigibilidade e a culpabilidade de caráter, e que ignora a necessidade de submeter ao indivíduo por razões de prevenção geral.*

Toma decidida posição ideológica contra isto: *à influência do naturalismo corresponde opor a autonomia das ciências do espírito e a reafirmação da natureza normativa do direito e dos seus conceitos. Contra o individualismo corresponde opor o próprio valor do Estado como o máximo e inevitável alvo da ordem jurídica e acentuar os interesses da comunidade*⁴⁷¹.

É claro que, neste escrito, ainda não tinha incorporado com decisão a cosmovisão nazista e seguia acentuando a função autoritária do Estado, conforme a posição reacionária mais próxima do fascismo italiano do escrito de luta de 1932. Isto se observa claramente em suas conclusões, em que faz a solução depender de uma decisão política, afirmando que a discussão estaria terminada se se decidisse politicamente outorgar prioridade à

471. Friedrich Schaffstein, *Die Nichtzumutbarkeit*, op. cit., pp. 80-81.

segurança jurídica, advertindo — desde sua perspectiva autoritária do Estado — que, quando se refere à segurança jurídica, não entende que se trata de dar prioridade apenas do ponto de vista dos interesses do indivíduo, como no liberalismo. Assim, afirma que a segurança *jurídica deve dar-se, principalmente, nem tanto em interesse do delinquente como no do Estado, e tampouco por igual em qualquer lado, mas sim, especialmente, onde existe o perigo de que, nas diretivas que impõe a lei, os interesses do Estado não se levem em consideração suficientemente em razão de uma livre valoração.*

Acrescenta a sabida consideração comum a todo autoritarismo conservador e de rigor em nossa região depois de cada golpe de estado: *este perigo, em nenhum lugar, é tão grande como no campo das excludentes de culpabilidade, onde os interesses do indivíduo e do Estado se ponderam diretamente. E este perigo nunca foi tão enorme como no presente, em que se notam os sinais da crise cultural e do desprezo de todos os valores.*

É altamente significativa a seguinte expressão política do seu pensamento autoritário, regressivo e pré-moderno: *não só a política criminal, mas também a dogmática penal deve enfrentar as tendências dissolventes: quanto mais fortemente tenha se apropriado o individualismo da consciência jurídica do povo, mais funesto seria tratar de enfrentá-lo com uma relativização do conceito de culpabilidade*⁴⁷².

C. A DEMOLIÇÃO DA CULPABILIDADE

1. O ESBOÇO DE UMA TEORIA UNITÁRIA DO DELITO

Depois de transcorridos cinco anos do anterior trabalho (1938) — escrito em resposta a Marburgo — encontram-se por completo incorporados os conceitos nazistas e, por conseguinte, deixa-se de lado o simples autoritarismo estatal mais ou menos fascista.

É justamente neste segundo escrito onde se aprofunda, com maior acuidade, a tentativa de eliminar os limites entre injusto e culpabilidade, e em que praticamente pretende enfraquecer a teoria analítica do delito mediante a supressão do conceito mesmo de culpabilidade. Para isso, remete à nebulosa construção unitária que esboça, apoiada nos *pseudoconceitos* políticos do regime e no *pensamento concreto*.

Aqui Schaffstein penetra muito mais na dinâmica da teoria do delito,

472. *Ibidem*, p. 82.

onde diz que, como panorama geral, observa-se um paulatino deslocamento do pensamento categorial ao teleológico (aparentemente será de Binding a von Liszt, embora não o expresse). Encarrega-se das dificuldades da sistemática neokantiana dominante, destacados por von Weber e de H. Mayer nos trabalhos de anos então recentes. As suas críticas se centram em dois aspectos: a distinção entre injusto e culpabilidade e a clara necessidade de inserir o dolo no injusto (na *ilegalidade*, diz), aspectos em que, aliás, a dogmática neokantiana apresentava fraquezas notórias, como era a pretensão de sustentar o critério básico *objetivo-subjetivo* proveniente do mencionado esquema de Liszt e Beling e reconstruído com a teoria do conhecimento ocidental do sul, e a de sustentar o dolo na culpabilidade e os elementos subjetivos distintos do dolo (inclusive as *ultra-finalidades*) no tipo.

Quanto à separação do injusto e a culpabilidade, afirma que só poderia chegar a admitir-se no máximo uma diferença técnica, quase com efeitos pedagógicos, mas sequer assim a aconselha, porque acredita que não existe nenhuma verdadeira diferença de conteúdo: em suma, o que pretende mostrar é que a *culpabilidade de fato normativa* não existe ou não tem sentido, por isso, quer esgotar toda a teoria do delito no injusto, incorporando neste todos os conteúdos da culpabilidade normativa que eram *objeto da recriação* e suprimindo o próprio juízo de recriação.

Argumenta que há delitos (tipos) que contêm claros elementos de culpabilidade, como as motivações, o que, certamente, não é um argumento válido, pois nada impede que o legislador determine penas mais graves para casos de maior culpabilidade, sem que esta seja uma questão *típica*, exceto se Schaffstein acreditou que tudo aquilo que está em um artigo do código sempre é um *tipo*.

A teoria do delito que esboça Schaffstein neste trabalho só na aparência é uma análise não estratificada, dado que não distingue culpabilidade de injusto (*Schuld*, de *Unrecht*), mas não resulta o mesmo conforme o esquema geral que propõe, visto que (a) por um lado, estabelece os *tipos de imposição penal* (*Strafandrohungstatbestände*); e (b) por outro, contrapõe-lhes os tipos (*Tatbestände*) de *causas de exclusão de pena* (*Strafausschließungsgründe*), nos quais inclui tanto as causas de justificação (*Rechtfertigungsgründe*) quanto as de desculpa (*Schuldausschließungsgründe*).

Para impor a medida de segurança de internação, Schaffstein requeria a existência de um delito, por isso, aparentemente, exclui a incapacidade

de imputação ou inimputabilidade (*Unzurechnungsfähigkeit*) da teoria do delito e, embora não fosse remetê-la à punibilidade (como o tinha proposto Lilienthal criticando o critério do seu professor von Liszt, quem, na realidade, incorria em uma inconsequência dentro do seu esquema), coloca-a de uma maneira especial e, ao que parece, paralela. Entretanto, deixa fora da teoria do delito as causas pessoais de exclusão de pena, como também outras questões (como a territorialidade, p. ex.).

Schaffstein verifica algo evidente: há delitos que requerem tanto um fato quanto uma disposição interna, mas também sustenta algo que parece discutível até o presente, que é a suposta necessidade dos elementos subjetivos da justificação. Não obstante, o que ao seu entender é determinante é que tanto aquilo que a doutrina dominante considera causas de justificativa como aquilo que trata como causas de desculpa, em suma, têm sempre o mesmo efeito de limitação dos *tipos de imposição penal* (*Strafandrohungstatbestände*).

2. A LOCALIZAÇÃO DO DOLO

Quanto às contradições sem solução que gerava a localização do dolo fora do injusto, citava os trabalhos de Alexander Graf zu Dohna, de Hellmuth von Weber, de Helmut Mayer e de Erik Wolf. Do mesmo modo que Dahm, observava que um processo causal, como a queda de um raio ou qualquer outro análogo, não pode ser ilegal, tendo toda a razão, sem que esta afirmação seja nenhuma novidade, pois é bem-sabido que, segundo a milenária opinião unânime de toda a ética tradicional (Aristóteles, Santo Tomás, Kant, Hegel, etc.), o único que pode ser eticamente desvalorizado é uma ação humana.

Nessa linha correta, afirma que *o juízo de ilegalidade se refere unicamente a ações humanas e não a acontecimentos naturais. Porém, o conceito de ação é hoje cada vez mais “do começo de natureza final”, conforme opinião crescente, porque assinala um sentido abrangente dos particulares elementos do acontecimento, dados em razão da vontade do autor. A ação abrange em si conceitualmente o dolo*⁴⁷³. *Assim, ilegal é somente essa parte do infinito processo causal do evento que resulta abrangida pelo dolo. Entendida assim, não há nenhum injusto objetivo*⁴⁷⁴. Como pode-se ver, suas observações teóricas são até aqui corretas.

Contudo, como era habitual em Kiel, imediatamente, explora as

473. Cita aqui trabalhos de Welzel desses anos, que podem ver-se em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin., 1975.

474. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, op. cit., p. 88.

anteriores observações racionais para passar a afirmar que *a extensão da ilegalidade à totalidade do fato, incluindo os elementos subjetivos da ação, não só resulta em uma volta contra a teoria naturalística da ação, mas também contra o princípio do direito penal de vontade, enquanto, pelo contrário, a teoria objetivista do injusto tem por pressuposto uma concepção do direito como algo contraposto à eticidade, como uma pura regulação externa da vida humana*⁴⁷⁵.

Em outras palavras, para resolver as contradições do dolo na culpabilidade e do injusto sem dolo, a única solução que Schaffstein parece encontrar é um total mergulho sem limites no direito penal de vontade. Entretanto, depois de deixar cair semelhante afirmação, continua raciocinando corretamente ao observar que, deixando o dolo na culpabilidade e adjudicando-lhe a consciência da ilegalidade, cria-se uma não salvável contradição ao conceber a inimputabilidade como incapacidade de culpabilidade, pois obriga a construir o atormentado *dolo natural* do neokantismo, por isso, reitera que a imputabilidade deve ser considerada um pressuposto de punibilidade (*Strafbarkeitsvoraussetzung*) paralelo ao injusto⁴⁷⁶.

Acreditamos que é legítima a suspeita — antes expressa — de que o confuso conceito de *Deliktstypus*, no sentido dos *Grunzüge* de Beling, teve muita relação na construção da pretendida teoria unitária de Kiel, embora isso tenha sido alheio à intenção de Beling. Aqui o expressa diretamente Schaffstein: *de uma estruturação semelhante ao tipo de delito (Deliktstypus) desprende-se a natureza do delito como realização da vontade, uma distinção entre a vontade e sua realização, entre o dolo e o acontecimento externo, transforma-se no fato mesmo, no qual também ambas as partes do delito, a externa e a interna, mediante o conceito de ação se fecham em uma unidade abrangida pelo juízo de ilegalidade*⁴⁷⁷.

Quanto à participação, é razoável seu rechaço à tese da tipicidade independente da instigação e da cumplicidade, mas se vê obrigado a adotar a chamada fórmula tradicionalmente conhecida como do *acesso máximo*, pois, desse modo, resolve a questão do dolo, a que os neokantianos não podiam dar resposta com a tese do acesso limitado.

É interessante a este respeito o exemplo a que recorre com citação de sentença: em um suposto de estado de necessidade *prolongado*, no qual A

475. *Ibidem*, p. 89.

476. *Ibidem*, p. 91.

477. *Ibidem*, p. 91 e nota.

aconselha B, cuja mãe é constantemente maltratada com perigo de vida pelo seu pai alcoólatra, que ponha fim a essa situação matando o pai. Não só desculpa B como autor, mas também A como instigador, por aplicação do tipo negativo de estado de necessidade de desculpa, ao contrário da opinião de Schwinge e Zimmerl, que condenam A pela instigação ao homicídio qualificado em função da tese do acesso limitado⁴⁷⁸. Cabe observar que Schaffstein toma o exemplo de um suposto de desculpa, mas a verdade é que seu acesso extremo o leva também a impor penas mais graves nos casos de qualificação por maior culpabilidade do autor.

Schaffstein critica fortemente que Schwinge e Zimmerl, e também Mezger, vinculem o conceito de ilegalidade penal com o civil. Afirma que *os conceitos de pena e as consequências do direito civil, a expiação e a culpabilidade e a reparação de danos são por essência diferentes. E esta diferença se reforça ainda mais à medida que se acentua o conteúdo ético do direito penal e da pena. Adiciona que é possível que as diferentes formas de responsabilidade por perigos não sejam concebíveis sem partir da ilegalidade objetiva. Porém, para o direito penal, isto não se vincula com o princípio de responsabilidade pelo perigo, mas pela culpabilidade, do que se deriva que possivelmente a ilegalidade deva ser diferente daquela do direito civil. Numerosos conceitos dogmáticos básicos, como culpabilidade, culpa, elo causal, desde muito tempo reconhecem diferença essencial com o âmbito da doutrina e da jurisprudência civis. Não se entende por que isto não terá de ser necessário também no tema da ilegalidade*⁴⁷⁹.

Cabe anotar que no mesmo ano 1938 foi publicado o trabalho de habilitação de Hans Jürgen Bruns⁴⁸⁰ —que em seguida foi autor de um livro sobre a quantificação penal de ampla difusão—, no qual impetrava a liberação do direito penal do pensamento civilista, postulando uma interpretação e metodologia de construção conceitual independente e específica do direito penal. Bruns cita nesse trabalho precisamente Schaffstein e Freisler, que opinavam que a dependência civilista era uma criação do liberalismo do século XIX e que era necessário superar a *civilização do direito penal*. Negava que as disposições introdutórias do código civil fossem válidas para a lei penal, como

478. *Ibidem*, p. 99; à mesma solução de Schwinge parece chegar Eduard Kohlrausch em *Das kommende Deutsche Strafrecht*, op. cit., p. 396.

479. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, op. cit., p. 102.

480. Hans-Jürgen Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik*, Berlim, Nicolai, 1938. Sobre a independência do direito penal do civil em Bruns, também Gerhard Pauli, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts*, cit., p. 112 e ss.

também que os conceitos civis configurassem elementos normativos dos tipos penais, e, além disso, assinalava que não eram somente os advogados criminalistas da escola de Kiel que postulavam esta independência conceitual.

3. O TIPO DE AUTOR ABRANGE TUDO

Schaffstein prossegue sua tentativa de demolição da separação conceitual do injusto e a culpabilidade, considerando obscuros e confusos os conteúdos mesmos de ambos os conceitos, o que atribui à prévia consideração essencial do delito sobre a base da lesão ao bem jurídico. Sustenta que *as frequentes transformações das teorias da ilegalidade e da culpabilidade não demonstram outra coisa senão o resultado da contínua renovação e reformulação da conhecida separação entre fato e autor, como ponto de partida da sistemática penal, realizada conforme a imagem do mundo de cada tempo*⁴⁸¹.

Desse modo, insiste no rechaço da separação de fato e autor, que daria base à separação conceitual de injusto e culpabilidade, esgrimindo um argumento meramente analítico que impressiona à primeira vista: o conceito de autor não acrescenta nada, dado que *autor é quem comete o fato, e o fato, por sua vez, caracteriza-se através do autor. O fato não pode ser pensado sem um autor, nem o autor sem um fato*.

Em seu apoio, cita a opinião de Maggiore: *De forma semelhante ao que foi aqui sustentado, o criminalista italiano Maggiore fez considerações dignas de atenção em seu tratado, no sentido de que o delito não é ação mais ilegalidade mais culpabilidade, mas sim todo ele é ação, toda ilegalidade, toda culpabilidade, que não são elementos, mas aspectos do delito. Esta formulação de Maggiore é de novo aplicável aqui: tampouco fato e autor*⁴⁸² *assinalam distintas partes ou elementos nos quais se divide o conceito do delito, mas sim dois diferentes pontos de vista a partir dos quais, como totalidade, é compreensível a visão do fenômeno do delito*⁴⁸³.

Para dar um exemplo entre os muitos que podem citar-se, não há nenhum tipo de fato da fraude (Tattyp) que só faça depender sua essência do dano patrimonial e do correspondente dolo, mas sim a fraude se caracterizará principalmente pelo dano patrimonial doloso mediante engano que, por sua vez, pressupõe um determinado dever de confiança do agente e uma intenção de enriquecimento.

481. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, op. cit., p. 107.

482. *Tattyp* e *Tätertyp*, na terminologia de Erik Wolf.

483. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, cit., p. 108. Sobre Maggiore e sua filiação fascista, Victor Manuel Macías Caro, op. cit., p. 575 e ss.

Contudo, nem o elemento subjetivo do injusto de intenção de enriquecimento nem a ação enganosa —considerados isoladamente— convertem ninguém em estelionatário, mas sim a combinação destes caracteres com o dano patrimonial e o dolo condizente a este. Apesar de tudo, existe uma diferença fundamental na forma de tratamento: em primeiro plano, no (*Tätertyp*) está a característica disposição interna (*innere Gesinnung*) do estelionatário, ou seja, a intenção de enriquecer e a lesão ao dever de confiança; imediatamente depois, quase na penumbra, está o prejuízo causado, como mais ou menos accidental da concreção da disposição interna defraudária; pelo contrário, no tipo do fato, este resultado está em lugar preferencial, enquanto a característica sintomática da disposição interna aparece mais atrás e apenas com significação secundária. Considera que o trabalho dogmático não dá nenhum valor delimitador a esta distinção. Fato e autor não constituem nenhuma categoria que permita separar as particulares características e pressupostos do delito⁴⁸⁴. Nesta unidade de fato e autor, coincide com a ideia do tipo de autor de Dahm.

Resumindo — escreve — cabe dizer que o novo sistema do direito penal não pode ser edificado sobre a separação da ilegalidade e a culpabilidade como pressupostos de responsabilidade independentes, dado que essa ordem e sua contraposição de ilegalidade e culpabilidade não se pode referir ao velho critério sistemático amplamente sustentado que opunha a parte objetiva à subjetiva do fato, que sequer conserva valor didático. Tampouco pode basear-se nas contraposições de donosidade geral e repreensibilidade, de ilegalidade e contrariedade ao dever, de norma de valoração e norma de determinação, de recriminação jurídica e ética, posto que todas estas distinções —assim como as didáticas— carecem de valor para o sistema científico do direito penal⁴⁸⁵.

Schaffstein acaba por confessar que aquilo que na verdade faz é suprimir a ideia de culpabilidade, porque admite a sua hipotética sobrevivência no novo sistema somente de três formas aceitáveis: (a) a primeira seria reduzindo-a à imputabilidade, como um pressuposto do delito paralelo à ilegalidade. É óbvio que imputabilidade não é culpabilidade, mas apenas capacidade de delito ou de culpabilidade, de modo que nesta variável propõe na realidade sua supressão. (b) Na segunda possibilidade que admite, propõe que a culpabilidade assinala a totalidade dos pressupostos objetivos e subjetivos do delito, o que seria praticamente um conceito processual de culpabilidade

(quando se diz que alguém é *culpado*), o que obviamente não tem nada a ver com a culpabilidade na teoria do delito. (c) O conceito de culpabilidade poderia finalmente — segundo este autor — ser aplicado para compreender o dolo e a imputabilidade como um conceito abrangente e assim assinalar ambas as características do fato principal, o que obviamente tampouco se refere a nenhuma recriminação essencial à ideia de culpabilidade⁴⁸⁶.

É claro que nenhuma destas variáveis é *culpabilidade*, e o que Schaffstein admite — em qualquer delas — é a possibilidade de salvar unicamente a palavra, o nome — que reconhece antiga linhagem —, mas não o conteúdo conceitual: trata-se de rebatizar como culpabilidade a que não é tal. Isto revela que este autor, ao rechaçar a distinção entre injusto e culpabilidade, na verdade propunha algo que vai além desse rechaço: tudo indica que se propôs suprimir o verdadeiro sentido da voz *culpabilidade*, porque lhe bastava a ideia do tipo de autor que uniria de forma abrangente o feito e o autor.

Esta técnica de *mudar os nomes* às vezes pode ser ingênua, mas no direito penal costuma ser perversa e a conhecemos da inquisição: a declaração espontânea da bruxa torturada, por exemplo. No caso dos nazistas, o rebatizo ou a eufemização era particularmente grave: *solução final* (*Endlösung*) era o extermínio; *tratamento especial* (*Sonderbehandlung*), a execução; e *instalações especiais* (*Spezialeinrichtungen*), as câmaras de gás⁴⁸⁷. O caso de chamar culpabilidade ao que não é culpabilidade não reveste igual gravidade, mas é uma eufemização que também tende a desconcertar.

Não obstante — e apesar de que se insista na unidade de ambos os termos — a verdade é que, se se falar de *tipo do fato* e *tipo de autor*, mesmo que se diga que são a mesma coisa, que se trata de dois olhares sobre o mesmo objeto ou outros argumentos parecidos, estão-se introduzindo duas categorias, ou seja, uma nova estratificação, só que mais confusa que a tradicional, porque aparentemente obrigaria a um constante trânsito de uma à outra e vice-versa. O próprio Schaffstein percebe isso, a ponto de querer cobrir-se sustentando que a *distinção entre tipo de fato* (*Tattyp*) e *tipo de autor* (*Tätertyp*) não é idêntica à de ilegalidade e culpabilidade materiais construída no sistema teleológico, embora se encarregue de assumir a tarefa desta distinção no âmbito da construção e da interpretação dos tipos⁴⁸⁸.

486. *Ibidem*, p. 112.

487. Cfr. Enzo Traverso, *op. cit.*, p. 56.

488. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, *op. cit.*, p. 112.

484. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, *op. cit.*, p. 109.

485. *Ibidem*, p. 111.

4. O DELITO É SÓ INJUSTO?

Não chama a atenção que, na anterior exposição, trate-se de demolir a teoria neokantiana do delito, cuja separação de injusto e culpabilidade era finalmente tributária da sistemática objetivo-subjetiva de von Liszt, apenas reelaborada conforme a particular teoria do conhecimento desta corrente: não pode esquecer-se que o neokantismo procurava superar o *naturalismo* de Liszt, que pretendia ser *descritivo*, porque, conforme a sua teoria do conhecimento, embora verificasse que as *coisas* não eram como Liszt dizia, os valores permitiam reordenar o *mundo das coisas* de forma parecida com a de Liszt.

Como havia sido colocado em evidência por vários autores, este sistema apresentava furos em vários lugares, de modo que Schaffstein aproveitava muito inteligentemente estas contradições para demolir a teoria neokantiana, deixando, em seu lugar, uma construção que pretendia ser *total*, mas que, na verdade, era confusa — porque inclusive se inspirava em outra exposição confusa, como a de Beling de 1930 — e, em suma, sequer deixava de ser estratificada.

Se for observada atentamente sua construção, na verdade não suprime a distinção entre injusto e culpabilidade da forma como se reitera habitualmente, mas sim procede a uma etização total e extrema do injusto, e o que, na verdade, faz é suprimir a culpabilidade.

Embora pareça insólito — e às vezes as voltas da dogmática do delito implicam estas surpresas —, Schaffstein volta para Liszt em algum sentido: a teoria do delito de Liszt, na verdade, era uma teoria do injusto, o delito se esgotava no injusto, porque a culpabilidade chamada *psicológica* era unicamente o aspecto subjetivo do próprio injusto, não havia *culpabilidade*, porque a ideia universal desta implica uma recriminação pessoal, e nada disto havia na proposta positivista de Liszt.

Schaffstein, por um caminho totalmente diferente, pretendia também construir uma teoria do delito sem culpabilidade, como um mero injusto etizado ao extremo.

Capítulo IX

RECAPITULAÇÃO E REFLEXÕES

A. DOGMÁTICA CRIMINAL E SISTEMA POLÍTICO

1. A DOGMÁTICA PENAL É POTENCIALMENTE RACIONAL

Como destacamos no início, o avanço da realização dos Direitos Humanos no mundo enfrenta — e continuará enfrentando — resistências no plano fático. Vencer essas resistências é uma questão puramente política, ou seja, uma empresa de ampliação da cidadania real e universal e, por conseguinte, a tática dependerá sempre de circunstâncias conjunturais que é muito difícil programar em abstrato.

Não obstante, a ciência jurídico-penal entra em cena quando muitas das resistências *desumanas* se traduzem em leis ou normas, doutrinas e sentenças, que se encobrem e se legitimam com *racionalizações* (falsas razões). Despir e deslegitimar essas falsas razões é a tarefa própria do direito penal humano, quer dizer, do trabalho científico de construção de uma doutrina jurídico-penal enquadrada nos Direitos Humanos estabelecidos nas Constituições e no direito internacional.

Daqui se desprende a importância que adquire seu estudo na atualidade, quer dizer, para exigir que pelo menos as racionalizações *anti-humanas* atuais sejam novidades, o que, certamente, não é muito frequente, mas sim, pelo contrário, dado que a imaginação perversa de todos os tempos deixou pouco espaço para a criatividade maligna, as racionalizações *anti-humanas* atuais são invariavelmente reiterações de velhas especulações, mais ou menos embelezadas com novas palavras, mas algumas vezes diretamente copiadas ao pé da letra, por isso, no plano científico do direito, nenhuma racionalização *anti-humana* está totalmente morta, embora, às vezes, permaneça latente.

Esta é uma das principais razões pelas quais, na atualidade, fomenta-se um direito penal *não histórico* — como assinalamos ao começo —, dado que a perda de memória permite mostrar como *novidades* os adereços de décadas, séculos e milênios anteriores.

Instituições processuais demolidas há séculos são apresentadas pelos meios maciços de comunicação do atual momento de domínio mundial do capital financeiro transnacional como verdadeiras novidades (testemunhas secretas, agentes provocadores, juízes sem rosto, informes policiais como prova, extorsões judiciais, confissões policiais, por não falar da tortura *moderada*), ou seja que, elementos inquisitoriais, *pré-modernos*, apresentam-se como inovações pós-modernas.

Isto não se limita ao direito processual, mas sim estende sua mão sobre o próprio direito penal; muitas vezes, sonha-se com um *Estado de direito* ao qual na verdade não se quer chegar, mas que, na imaginação, dá-se aprioristicamente como fato, pressupondo uma *igualdade* que desmentem os coeficientes de Gini mais altos do planeta; com isso, o próprio discurso do Estado de direito passa a ser um impedimento para o avanço da sua efetiva realização no plano social, que habilita precisamente os instrumentos repressivos que põem obstáculos a seu avanço.

Embora resulte insólito, em virtude de uma manipulação metodológica — ou de teoria do conhecimento —, a função que no esquema nazista cumpria a *Volksgemeinschaft* passa a ser desempenhada pelo *Estado de direito inexistente*, quando se ignora que os Estados de direito reais ou históricos nunca são ideais, mas que, na realidade social, resultam de uma constante dinâmica entre pulsões pelo seu avanço (*humanas*) e resistências pulsionais de Estados de polícia contidos (*desumanas*).

O alto nível de racionalização alcançado pela dogmática penal decididamente *anti-humana* do nazismo representa uma riquíssima série de ensinamentos das peripécias e artimanhas ideológicas pelas quais podem transitar uma ciência jurídico-penal abertamente demolidora da ideia fundamental dos Direitos Humanos, principalmente em épocas de fortes resistências e regressões a sua realização no plano da realidade social do mundo.

O advogado criminalista — como qualquer cientista — está integrado a uma cultura determinada e a um contexto sociopolítico, quer dizer, que sua localização no mundo condiciona e limita, em boa medida, seu conhecimento, mas também seu próprio interesse científico. Os saberes não avançam por mera curiosidade, mas sim conforme condicionamentos de poder que não sempre se tornam conscientes nem muito menos. Isto acontece inclusive nas ciências duras e, com muito maior razão, nas ciências sociais.

O saber jurídico não é de modo nenhum alheio a isto, mas, pelo contrário,

dado seu objetivo prático — converter-se em jurisprudência, em decisões de um poder do Estado — está altamente condicionado pelo contexto cultural e sociopolítico. Talvez a ciência jurídico-penal seja um dos âmbitos do conhecimento mais condicionado pelas ideologias, pelas concepções do mundo, pelas circunstâncias concretas da sociedade e pela realidade vivenciada.

O advogado criminalista não é, nem pode ser, alheio à sociedade em que vive nem ao contexto de poder em que se encontra, mesmo que se sinta confortável ou desconfortável nele, ou que seja mais ou menos consciente desses condicionamentos.

Os latino-americanos, desde meados do século passado, trabalhamos com um método importado da Alemanha e que, certamente, deu-nos muito bons frutos no saber jurídico-penal.

A produção bibliográfica da matéria em nossa região é admirável, considerando as limitações materiais dos nossos contextos e as circunstâncias muitas vezes negativas para a investigação.

Nosso trabalho se desenvolve com farta frequência no quadro de Estados de direito que se afastam bastante do ideal, poderes transnacionais que renovam a submissão colonialista da região, corrupções sistêmicas ideologicamente disfarçadas de políticas econômicas, ideologias regressivas que tratam de legitimar modelos de sociedades excludentes e discriminatórias, poderes judiciais manipulados politicamente pelas classes privilegiadas e pelos fatores de poder, aparelhos de criação de realidade monopólicos de enorme poder econômico e alta penetração social, violência social, institucional e política, campanhas que já não são de *lei e ordem*, mas sim de aberto populismo vingativo ou terrorismo mediático, quando não de ditaduras e golpes de estado, nos últimos anos encobertos ou não muito manifestos, entre outros.

É bom que tomemos consciência de que o material importado alemão tem dois aspectos que devemos distinguir cuidadosamente: um deles é o metodológico, ou seja, o da dogmática jurídico-penal como método, cuja utilização devemos aperfeiçoar e aprofundar, como exigência de mínima racionalidade para nossos tribunais e Estados; o outro é seu conteúdo político que, obviamente, respondeu sempre ao contexto alemão e no qual não se reparou suficientemente.

Neste último aspecto, devemos aprofundar esse conhecimento, que também é instrutivo, certamente, mas cuidando sempre para não jogar

fora a embalagem com o conteúdo, porque, ao fazê-lo, cairíamos no irracionalismo próprio do *romantismo jurídico*. Descrevemos esta lamentável perda de rumo na Alemanha, para mostrar as suas possíveis consequências desastrosas, levando em consideração que o *irracionalismo romântico* é um fenômeno cultural que, como no caso alemão, vai invadindo toda a vida cultural em plenitude e perpassa a política, e inevitavelmente é suscetível de alienar também o advogado criminalista.

É conforme a *natureza das coisas* que cada construção dogmática jurídica responde a um contexto de poder sociopolítico, o que nada tem em si de desprezível, mas, simplesmente, não pode ser de outro modo, e pretender que o seja é um absurdo ou um engano. Por conseguinte, não pode nos surpreender que o material que recebemos esteja elaborado com um método potencialmente racional e de alto valor científico, mas sempre com um inevitável conteúdo político e ideológico, correspondente ao contexto de cada época, que muitas vezes vem poluído de forte irracionalismo.

Martin Buber afirmou que o ser humano não é racional, mas pode chegar a sê-lo. Efetivamente, está em nós o empenho na otimização da potencial racionalidade da dogmática jurídica penal, como também de dotá-la do nosso próprio conteúdo político, conforme as necessidades e circunstâncias dos nossos povos.

O objetivo político hoje está mais demarcado que nos anos de que nos ocupamos. O advogado criminalista do nosso tempo não pode livrar-se tão facilmente — como o fizeram os advogados criminalistas nazistas — dos Direitos Humanos, porque se acham juridicamente *positivados no direito internacional e no constitucional*.

Não obstante, resta o recurso de perverter e depravar o próprio discurso humanista, refugiando-se em um *topos uranos* normativo, impermeável a qualquer dado da realidade social, que, ao dar como certo aquilo que só *deve ser mas ainda não é*, converta-o em um elemento autoritário que fecha o discurso, permitindo-lhe perseguir novos *degenerados e parasitas inúteis para o modelo de Estado de direito* que alucina como realizado e perfeito ou que quer impor autoritariamente como sistema.

Entretanto, de qualquer modo, é indispensável saber que a dogmática jurídico-penal é um instrumento metodologicamente idôneo para o objetivo *humano*, embora também possa degradar-se e perder-se por diferentes vias quando seu conteúdo político é contaminado por irracionalismo

romântico. Pode chegar a ficar a serviço destes objetivos e instrumentalizar-se conforme eles, seja sem destruir totalmente o método (como fez o neokantismo nazista alemão), seja fazendo dele um *bastardo* em maior medida com mais profunda integração dos conceitos românticos da política *desumana* (como fizeram os de Kiel).

2. CADA SISTEMA POLÍTICO EXIGE UMA CONSTRUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO PENAL

A dogmática penal alemã entre 1933 e 1945 mostra-nos uma discussão interna extremamente instrutiva: por um lado, o neokantismo penal pretendeu mostrar-se como *uma ciência pura, não contaminada politicamente*, mas regulável a qualquer sistema político ou modelo de Estado. Embora seja possível admitir que o pretexto de *não ser político, mas científico*, pode, em certas circunstâncias, ser útil para salvar inclusive a vida, não é possível elevar um pretexto à categoria de dogma científico, principalmente, quando a natureza do material que se trabalha é eminentemente política. Por outro lado, como pretexto, pode ser válido para os *cientistas* que durante esses anos se retraíram dedicando-se a investigar o direito da Idade Média, mas não para os que, com singular empenho, entregaram-se à tarefa de racionalizar a legislação penal nazista, demonstrando um claro compromisso político.

Além disso, se os neokantianos nazistas — e quem com ingenuidade acreditou no mito da *ciência pura* — tivessem acertado, não se explicariam as vivências tão diferentes entre eles mesmos que, obviamente, não deixaram de proceder conforme suas convicções políticas: se tivessem sido considerados todos seriamente *cientistas assépticos*, ninguém teria de partir ao exílio externo ou interno. O cientista teria continuado trabalhando em seu laboratório e estudando o comportamento dos seus ratos sem problema, mas isso não foi assim nem mesmo nas ciências duras de laboratório, o que prova que, na realidade, só existem — e por sorte não podem deixar de existir —, sempre e em todos os lugares, *pessoas* com ideias boas ou más, e também com comportamentos dignos ou indignos.

Por outra parte, se a dogmática jurídico-penal fosse um método que tivesse como único objetivo a construção de um sistema útil tanto para a democracia como para o genocídio, infelizmente, ter-se-ia de reconhecer que seria algo desprezível e, ao mesmo tempo, extremamente perigoso. Uma coisa é um instrumento metodológico que pode desvirtuar-se, como uma garrafa

de bom vinho pode ser usada para quebrar a cabeça do vizinho, e outra muito diferente é uma arma de fogo que, com indiferença, é oferecida da mesma forma a um atirador esportista e a um assassino em série.

Reconhecemos que existe também outra razão para postular a pretendida assepsia científica da dogmática jurídica penal, embora com menor ênfase e sem contato com a luta desses anos, que é a dificuldade que pode encontrar o historiador alemão atual do direito penal, posto que, se não subestimar em alguma medida a importância das mudanças de regimes políticos, torna-se difícil para ele achar um fio condutor em sua evolução conceitual. Contudo, isso se deve a que a Alemanha, em um século, passou dramaticamente pelos mais díspares regimes políticos, o que é um problema exclusivamente local e alheio a nós.

Contra essa pretensão de uma teoria científica perfeita que poderia servir a qualquer sistema político, elevaram-se os autores de Kiel, sustentando a inexistência desse sistema, as inconsistências dessa teoria do delito e, sobretudo, a necessidade de que cada construção dogmática do direito penal respondesse a um sistema político, de modo que a um novo correspondesse também uma nova construção doutrinária.

É bastante claro que o caminho eleito pelos de Kiel poluía muito mais sua construção com elementos irracionais românticos recebidos da ideologia política, como o *pensamento concreto* e outros, o que os afundava ainda mais na irracionalidade, como também que a sua ideologia básica era regressiva, pré-moderna e essencialmente reacionária. Não obstante, cabe reconhecer a eles que, quanto à necessidade de correspondência da elaboração conceitual da dogmática penal com o sistema político no qual se elabora e às condições da sociedade que se propõe aplicar, não só assistia razão no plano mais abstrato, mas também resultava da verificação de toda a experiência histórica alemã sobre ideologia penal.

Não se trata de fazer valorações éticas, mas sim de refletir a respeito das atitudes pessoais (políticas) que podem assumir-se perante um regime como o nazista, mas que são reproduzíveis em contextos menos extremos de deterioração de Estados de direito: por um lado, a daqueles que manifestam a sua resistência e oposição e até partem ao exílio interior ou exterior; por outro, a corporação acadêmica e judicial, que, em sua maior parte, refugia-se no *cientificismo* e no *profissionalismo* e, conforme a ordem *abstrato* dos valores, muda os valores *humanos* pelos *desumanos* e adapta servilmente

a sua construção conforme os últimos; finalmente, os que assumem uma posição política de afinidade total com o sistema *desumano* e tratam de construir uma própria teoria *desumana*.

Em geral, a experiência indica que tanto os primeiros quanto os últimos são incômodos à maioria das corporações acadêmicas e judiciais, porque perturbam sua *pax burocrática*, que, geralmente, opta por servir ao regime da vez, amparando-se no *cientificismo*, no *profissionalismo* e em um estado *apolítico*. Isto se observa claramente no acontecido nos anos que nos ocupam e na pálida desculpa posterior.

Na hora de elaborar uma ciência jurídico-penal enquadrada nos Direitos Humanos, seria inaceitável pretender construir um sistema que pudesse servir tanto para promover seu avanço como para legitimar sua violação, por isso, devemos dar a razão aos autores de Kiel, obviamente levando em consideração que se amparavam exatamente na antípoda, assumindo franca e sinceramente a tarefa de construir um *direito penal desumano*.

Trata-se, pois, de elaborar a sua outra face, em um sistema diametralmente oposto aos seus desprezíveis objetivos políticos, com a advertência de que isto não só levará ao confronto com os divulgadores de racionalizações *desumanas* politicamente comprometidos com os poderes que resistem ao avanço jus humanista, mas também incomodará uma boa parte de quem, em condições sociopolíticas negativas, pretendam servir quem fosse, amparando-se com os antes mencionados recursos de neutralidade cientificista mais ou menos dissimulados.

3. TODA CONSTRUÇÃO DOCTRINÁRIA PENAL RESPONDE A UM CONTEXTO POLÍTICO

É inevitável que cada construção teórica na ciência penal, cada elaboração conceptual, responda a certo contexto político-social e a certa intencionalidade política, o que se observa com extrema clareza na evolução doutrinária alemã. Os de Kiel formulavam sua reclamação de uma própria construção teórica para o nazismo, baseados nesta ampla experiência histórica, na qual não se reparou suficientemente entre nós.

Obstaculiza a compreensão deste fenômeno a circunstância de que, em regimes autoritários ou totalitários, os textos jurídicos se escrevem sob estrito controle político ou policial, quer dizer, submetidos à censura, o que não tem lugar em contextos democráticos. Porém, é necessário compreender que, em

sistemas mais ou menos democráticos, há um penalismo que se alinha conforme às condições do momento, sem que ninguém o impulse a isso, ou seja, sem ser direcionado politicamente por nenhum serviço privado, conselho ou *soviet*, como também há *outsiders* que se afastam e criticam a realidade vivenciada, que são tolerados, mas que não veem favorecida a difusão das suas ideias e construções pela inadequação ao marco de poder do momento, embora possam reaparecer e ser revalorizados em outros posteriores.

Esses processos são normais em toda sociedade pluralista e democrática e no contexto de Estados de direito minimamente aceitáveis, e nada têm a ver com os regimes autoritários. Pois bem: a Alemanha teve de ambas as classes, o totalitário com o nazismo e os outros fora desse momento político.

É muito marcada a correspondência de cada momento científico do direito penal alemão com seu marco temporal político e ideológico, embora, é claro, tivesse também seus *outsiders* quando o espaço político o permitia.

Para não remeter além do século passado, lembremos que se abriu com a chamada *luta de escolas*, sendo Binding e Liszt as duas cabeças visíveis. Como vimos, Binding correspondia aos tempos de Bismarck, em que era mister reforçar a autoridade do novo Estado unificado sob o império dos Hohenzollern. Quando ascendeu Guilherme II ao trono, depois do muito breve reinado do seu pai, desfez-se de Bismarck e começou uma política de intervencionismo econômico e muito incipiente Estado social, com o propósito de conter o avanço dos socialdemocratas; não é difícil encontrar uma coincidência deste marco político com as ideias de von Liszt.

O advento da República de Weimar coincide com os neokantianos liberais, cujo expoente mais destacado foi Radbruch, quem inclusive chegou a ser ministro da justiça. Os anos do nazismo são os que nos ocupam aqui, mas, posteriormente, não nos resta dúvida de que o pensamento realista de Hans Welzel corresponde ao tempo da reconstrução da República Federal de Konrad

Adenauer e, se nos aproximarmos do presente, atrever-nos-íamos a dizer que o pensamento de Claus Roxin parece estar enquadrado no momento da socialdemocracia alemã de Willy Brandt⁴⁸⁹.

A correspondência de toda construção dogmática do direito penal com seu sistema político e seu contexto segundo a época e a cultura não é

489. Cfr. nosso artigo *Política e dogmática jurídica penal*, em José I. Cafferata Nores / Eugenio Raúl Zaffaroni, *Crise e legitimação da política criminal, do direito penal e processual penal*, Córdoba, Advocatus, 2002.

preceptiva, quer dizer que não é um princípio que deva postular-se, mas sim uma verificação histórica e uma consequência necessária da natureza política de nossa disciplina. Negá-lo não implica desconhecer nenhum princípio, mandato ou regra imposta por alguém, mas sim ignorar tanto a história como a natureza de nossa ciência e do material com que deve operar.

É claro que nada disto — insistimos — desmerece nem empalidece o uso do método dogmático no direito penal, mas sim só nos alerta sobre a inevitável realidade de que, dada a natureza política do material que elaboramos, cada sistema nos vem acompanhado por suas circunstâncias políticas, e incorreríamos em um grave erro se considerássemos que o último, por puro fato de sê-lo, é só *uma pura superação técnica* do precedente.

Esta ilusão de pura superioridade técnica progressiva costuma ser reafirmada por um dado real: cada novo sistema não se limita a introduzir um novo conceito político como conteúdo, mas sim procede a desmontar o sistema anterior, valendo-se das contradições ou defeitos de elaboração do precedente, de modo que, ao apresentar seu sistema, procura também — e em geral consegue — um maior nível de coerência interna que o precedente.

Isto se observa claramente ao longo de toda a dinâmica da dogmática penal alemã: Liszt construiu uma teoria do delito que foi mais manipulável que a complicação de Binding; o neokantismo eliminou a culpabilidade psicológica de Liszt e introduziu o verdadeiro conceito de culpabilidade com a versão normativa de Frank; Welzel propôs uma forma coerente de levar o dolo ao tipo e evitar contradições inexplicáveis.

Nos anos que aqui nos ocupam, os que demoliram o sistema neokantiano foram os de Kiel (embora valendo-se de outros autores anteriores que tinham apontado as contradições da construção estratificada prévia), e quiseram construir um novo sistema *unitário* que, certamente, resultou bastante obscuro, suprimiu, finalmente, a culpabilidade e não foi acolhido com consentimento pela jurisprudência do momento, até ficar descartado ao finalizar a guerra.

O arquiteto da superação construtiva do demolido sistema neokantiano no período pós-guerra foi Hans Welzel, que se encarregou de resolver as contradições sem esvaziar de culpabilidade o delito e sem cair no direito penal de vontade, embora tenha tido defeitos quanto à delimitação do aspecto objetivo do tipo e alguma exagerada subjetivação.

Embora tenha se questionado o comportamento de Welzel durante estes anos⁴⁹⁰, não nos interessa seu comportamento pessoal, apesar de saber-se que não foi um *advogado criminalista oficial* e que sua relevância era secundária nesse tempo. Além disso, era natural que começasse a sua elaboração nesses anos e, quanto a que seus trabalhos fossem invocados pelos de Kiel, era óbvio que o fariam, porque estes exploravam qualquer crítica à construção neokantiana, inclusive proveniente de alguns autores do próprio neokantismo, mas a crítica a um conceito de ação com vontade sem conteúdo não tem nada de irracional e é perfeitamente válida até o presente. O que nos interessa fundamentalmente — deixando de lado o comportamento de Welzel sob a ditadura — é o sentido da sua teorização.

De qualquer forma, na realidade seu papel sobressalente não foi nos anos do nazismo, mas sim nos tempos da reconstrução da República Federal com Konrad Adenauer e, como corresponde ao seu contexto, sua tônica geral foi a de um advogado criminalista politicamente conservador.

É verdade que puderam ficar elementos autoritários em sua construção da teoria do delito, em especial em sua afirmação bastante etizante do direito penal como *mínimo ético* e em sua complicada construção da culpabilidade. Não obstante, quanto ao primeiro, não era uma postura original de Welzel, mas sim de Georg Jellinek, morto em 1911, que era judeu e filho de um rabino. Por outra parte, levemos em conta que, nos tempos de Welzel, não havia eclodido ainda a idolatria do poder punitivo e a conseguinte reprodução irresponsável dos tipos penais na legislação, de modo que os códigos continham muito menos de uma centena de tipos básicos. Hoje a afirmação de que o direito penal é um *mínimo ético* não só é discutível doutrinariamente, mas também, quando ficam cada vez menos comportamentos atípicos, é insustentável e ridícula desde a própria verificação empírica e por parte não só de advogados criminalistas, mas também de qualquer leigo na matéria.

Não nos resta dúvida de que sua principal contribuição foi a estampagem *realista* com a teoria das *sachlogischen Strukturen* (estruturas lógico reais), que a nosso juízo seriam hoje de grande utilidade para a construção dogmática da nossa ciência penal latino-americana, apesar de que na Alemanha já ninguém se ocupa delas.

Parece-nos evidente que esta volta ao idealismo — expresso ou escondido

490. Ver Jean Pierre Matus Acuña, *Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel*, en AA. VV., *El derecho penal de la posguerra*, op. cit., p. 255 e ss.

com o *encapsulamento* — responde, entre outras coisas, ao temor que despertou o avanço da sociologia criminológica, que pôs em relevo as dificuldades que acarretaria a extensão da teoria das estruturas objetivas à teoria da pena.

É óbvio que Welzel não pôde levar sua tese das estruturas lógico-reais à teoria da pena, não só por limitações ideológicas inerentes ao objetivo que se propunha e pelo próprio estado da sociologia criminológica, mas também por razões do contexto político de pós-guerra, pois qualquer enfraquecimento do poder punitivo teria sido explorada pelos derrotados como causa da delinquência posterior ao desastre deixado pelo conflito e, por conseguinte, tivesse operado contra o sistema democrático e em favor de certa nostalgia do regime nazista.

De qualquer maneira, cabe observar que, na América Latina, recebemos o debate *finalismo/causalismo* dos anos setenta do século passado de uma maneira um tanto distorcida, em razão de certo grau de desconhecimento do contexto alemão da pós-guerra. Welzel enfrentava a construção neokantiana de Mezger — que os de Kiel tinham demonstrado ser insustentável —, mas também os de Kiel, que, valendo-se das fraquezas da anterior, pretendiam demolir toda teoria mais ou menos racional do delito.

De fato: uma minuciosa releitura de Welzel — em especial de *Das neue Bild*⁴⁹¹ — permite verificar que muitas das suas precisões são respostas a Kiel. Assim, por exemplo, a afirmação de que o comportamento é caráter *genérico* e a tipicidade, a ilegalidade e a culpabilidade são específicos, tem por objetivo rechaçar a ideia de que o delito *se compõe de elementos*, quer dizer, que a chamada *estratificação* não é uma soma de peças soltas; sua insistência em que a regra exceção na justificativa é uma questão lógica e não estatística; o rechaço à ideia de um tipo *valorizado*; a exclusão da atividade médica da tipicidade; a introdução da *adequação social* do comportamento; entre outros.

Estas respostas deram lugar a que não faltassem quem entendeu que as teses de Welzel estavam vinculadas a uma dogmática autoritária, quando, na verdade, encarregava-se dos defeitos assinalados ao neokantismo pelos de Kiel, mas que não tinham sido descobertos por estes, mas sim — como assinalamos — provinham de outros autores e que Dahm e Schaffstein só usaram para demolir tudo. A insólita imputação contrária, que pretendia que o chamado *finalismo* abrisse as portas ao marxismo, lançada em tempos

491. Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964.

de *segurança nacional*⁴⁹², é alheia a isto, porque repara, em verdade, na possibilidade de abertura ao realismo mediante as teses da estrutura lógico reais.

B. A COMUNIDADE DO POVO COMO INVENÇÃO IDEOLÓGICA

1. O SISTEMA COMO SOCIOLOGIA E COMO IDEOLOGIA POLÍTICA

O romantismo político nazista impactou a doutrina penal a partir da concepção da comunidade popular (*Volksgemeinschaft*), sem cuja compreensão não se entendem os desenvolvimentos penais, que foram aceitos tanto pelos neokantianos como pelos de Kiel, embora estes últimos tenham aprofundado mais o irracionalismo e tenham extraído consequências mais coerentes que os anteriores quanto à destruição doutrinária (não assim no que torna a sua fina tentativa de construção).

A *comunidade do povo* era um conceito sistêmico, mas não uma simples sociologia sistêmica, da qual deve ser distinguida cuidadosamente. Compartilhe-se ou não o conceito sistêmico de sociedade, a verdade é que, quando a sociologia deve ordenar teoricamente seus *fatos*, não tem outro remédio a não ser adotar alguma imagem da sociedade como *armário* no qual colocar os dados empíricos para interpretá-los, mas que não pode ser verificada empiricamente, porque ninguém pode provar que uma sociedade é um *sistema* (*concepção sistêmica*) como tampouco que é um conjunto de grupos em conflito com certo equilíbrio (*concepção de litígio*).

A verdade é que, com uma concepção sistêmica, é mais difícil explicar a mudança social, enquanto que, com a de litígio, é fácil explicar a dinâmica, mas mais difícil de fazê-lo com os elementos mais constantes ou permanentes. Porém, de qualquer maneira, a sociologia refere-se sempre à sociedade existente, real, e, portanto, faz sua essência ir à verificação empírica dos fatos, que, apenas para explicá-los de uma perspectiva mais *macro*, localiza-se em um ou outro desses esquemas ou *armários* não verificáveis.

A comunidade do povo não era a sociedade alemã existente, mas uma ideia da sociedade assim como os nazistas pensavam que *devia ser*. Era a ideia conforme a qual queriam *reconstruir* a sociedade, cuja certeza pretendiam

492. V. Fernando Bayardo Bengoa, *Dogmática jurídico penal. Reformulación y perspectivas*. Montevideo, 1983, p. 58.

verificar como válida através da história (o velho *paraíso germânico*) e da biologia (a superioridade da *raça* e do seu condicionamento supostamente *genético*). Por conseguinte, deviam configurar, segundo esta ideia da sociedade que *devia ser* conforme o seu programa político, um grupo (*intragrupo*) de que excluía a todos os que não pertenciam geneticamente à *raça* ária germânica (*extragrupo*) e também, um *inimigo* ao qual se atribuía o enfraquecimento do modelo supostamente *natural* apagado no curso da história.

Entender esta diferença é fundamental: uma coisa é interpretar uma sociedade real como um sistema, e outra — muito diferente — é imaginar ideologicamente um modelo de sociedade como sistema e pretender impô-lo politicamente.

A partir disso, chega-se a uma consequência fundamental: no primeiro caso, fatos são verificados e interpretados; mas, para o bom sociólogo, se os fatos não encaixarem no modelo de interpretação sistêmica, o modelo deve ser corrigido (concebê-lo como um sistema aberto, p. ex.), porque a anterior concepção perde validade científica mediante a verificação que resulta em valor de verdade falso. Desse modo procede a sociologia quando é racional, sem prejuízo de que algum sociólogo se perca e pretenda que, quando os fatos não encaixam no modelo, introduza-os no *armário* à força, *amassando* os fatos um pouco.

No segundo caso, quando aquilo que se pretende é impor uma sociedade ideal sistêmica, quando os fatos não correspondem à realidade (não se verificam), os teóricos do programa político o atribuem a que *os fatos estão errados*, a que seus protagonistas percorrem um caminho que não é o devido, a que ainda não foi realizado totalmente o modelo ideal proposto, o que o nazismo atribuía às consequências *degenerativas* da República de Weimar, à resistência dos judeus externos ao sistema e aos *degenerados* e *parasitas* internos ao sistema, ou a que ainda seu projeto não tinha avançado o suficiente. Esta ideia de sociedade sistêmica era parte de um programa político em vias de realização, que devia impor-se à força, porque assim o mandavam a história e a biologia. Alucinavam a imagem ideal da *comunidade popular* em construção, como volta ao passado ideal imposto *naturalmente* pelo condicionamento biológico-racial e verificado historicamente em um *paraíso perdido* germânico.

Algumas vezes, costuma-se confundir que haja algumas consequências mais ou menos comuns à concepção da sociedade como sistema, tanto como à imaginação política (ideológica) de um sistema social para impor. Isto obedece a que qualquer concepção sistêmica é bastante análoga a uma

concepção orgânica da sociedade⁴⁹³.

Apesar destas ocasionais coincidências, porém, a verdade é que sempre se mantém a diferença fundamental entre uma concepção sistêmica sociológica e uma ideologia política que pretende impor um certo modelo de sociedade sistêmica, assim como se imaginava que tinha sido em tempos germânicos remotos ou como for sonhada em qualquer outro contexto ideológico.

Como afirmamos antes, o próprio Estado de direito pode chegar a converter-se em um projeto de sociedade sistêmica para impor, principalmente quando é imaginado perfeito e acabado, o que nunca aconteceu na história e na realidade, já que todos os Estados de direito reais são defeituosos em relação ao modelo ideal e, por conseguinte, são fruto de um jogo de pulsões entre a parte realizada do modelo e as do Estado de polícia que permanece encerrado e contido em seu seio.

2. O OBJETIVO: A RECONSTRUÇÃO DO FORMICARIUS DE NIDER

Toda proposta sistêmica — no plano de modelo abstrato — requer um equilíbrio interior e uma relação com seu *ambiente*. Perante o *ambiente*, o sistema deve equilibrar-se defendendo-se dos inimigos externos. A alucinada sociedade sistêmica que os nazistas procuravam impor considerava que seus inimigos externos eram as raças inferiores que podiam contaminá-la e destruí-la. A tarefa encomendada ao direito administrativo policial era a eliminação destes inimigos (judeus, ciganos, etc.).

O objetivo era o estabelecimento de um sistema social imaginário conforme o modelo do formigueiro de Nider, mas, como o formigueiro nazista não existia, e sim queria ser construído, qualquer coisa que, em seu interior, estivesse contra o projeto de estabelecimento do formigueiro. Quer dizer, por exemplo, a verificação de que não todas as formigas trabalham, não podia ser observada e anotada como um dado da realidade para considerar, como faria um entomólogo (ou, se fossem seres humanos, um sociólogo).

Necessariamente, tratando-se de um programa político de *imposição do formigueiro*, os comportamentos das formigas *dissidentes* não podiam ser

493. Sobre as relações do funcionalismo sistêmico sociológico com o organicismo, tem-se dito que *está tão profundamente ancorado no organicismo, que praticamente todo aspecto que se diga peculiar ao funcionalismo foi adiantado pelos organicistas* (Dan Martindale, *A teoria sociológica. Natureza e escolas*. Madri, Aguilar, 1979, p. 544).

interpretados de outro modo a não ser como uma resistência à adoção do modelo, considerado *natural* por razões biológicas e históricas e, por conseguinte, as *dissidentes* não fariam outra coisa que evidenciar sua degeneração ou seu parasitismo e, em consequência, deviam ser eliminadas não só para preservar a pureza do modelo a ser instalado, mas também — e fundamentalmente — para evitar que obstaculizem a sua instalação. Esta era a tarefa própria desse direito penal: matar as formigas *dissidentes*.

Não se tratava de eliminar quem produzisse algum dano menor por erro, por estupidez ou porque as circunstâncias o impunham, mas sim interessava principalmente detectar quem interiormente aparecia como incapaz de introjetar as regras que emergiam do suposto modelo imaginado e, mais ainda, quem abertamente o rechaçava.

Pertencer a essa comunidade popular imaginada era uma honra, posto que importava o reconhecimento da condição de ariano germânico e, portanto, a comunidade popular depositava nele a confiança de que cumpriria com os deveres inerentes à posição que ocupasse dentro dela (médico, operário, professor, militar, etc.), conforme a sua distribuição sistêmica de tarefas.

Se o sujeito não cumprisse esses deveres, perdia a confiança da imaginária comunidade, quer dizer, ao revelar-se menos confiável ou não confiável, perdia parcial ou totalmente a sua honra, mas desde que esse descumprimento de deveres não fosse só objetivo, externo, mas revelasse a disposição interna maligna do sujeito contra a pretensão de instalar o sistema.

Esta *disposição interna* era a que revelava que a formiga *dissidente* queria configurar o formigueiro de outra forma, o que não podia ser tolerado pelo programa político de instalação do sistema.

Na verdade, como a comunidade do povo não existia, mas era um programa político a realizar ou em vias de realização, o indivíduo que violava esses deveres no fundo não fazia outra coisa que revelar-se como resistente ou dissidente perante o programa político nazista, o que levava a que nos casos mais graves (embora em medida menor em todos) fosse considerado um *traidor* à comunidade popular, quando, na verdade, e em último caso, apenas seria ante o partido único e seu regime.

O dever que os nazistas consideravam violado emergia supostamente como ética da comunidade popular, ou seja, de um modelo sistêmico idealizado — não existente — e, por conseguinte, era só um dever que eles

imaginavam ético, porque derivava de um sistema social também imaginado, não realizado ou pelo menos em curso de realização: era uma resistência ao programa do partido, que, conforme o sistema imaginado e que pretendiam impor, seria uma violação à ética.

Não só confundiam regressivamente ética e direito de forma total, mas a ética social também era em boa medida imaginária. É obvio que o fato podia consistir efetivamente em um comportamento que a sociedade real também repudiasse (como um homicídio), mas não importava o fato danoso em si (o dano concreto a outro indivíduo ou à generalidade, que houvesse um morto), que passava a segundo plano, mas sim a revelação da disposição interna do sujeito contra o programa do partido único, quer dizer, contra a configuração do formigueiro na forma imaginada pelo regime e encarnada na vontade do *Führer*.

Se o fato não se relacionava com esta disposição, o sujeito não cometia nenhum delito, mesmo que houvesse numerosos cadáveres, como no *Fememordsfall*, na *noite das facas longas*, no roubo das bandeiras francesas, nos crimes do nazismo em ascensão ou no exemplo do roubo e queima do estandarte do agrupamento católico.

O sujeito que não se comportava conforme os deveres que se imaginavam como éticos do ponto de vista do seu sistema social também imaginado (comunidade popular) era considerado como um *degenerado* porque carecia de honra (não merecia ser depositário da confiança do sistema imaginário) e porque também se supunha que tinha perdido o *instinto gregário biologicamente condicionado pela raça*. Era como a formiga que não trabalhava, só que esta pertencia a um formigueiro real, enquanto o sujeito membro da comunidade (partícipe do povo e do direito) era de um sistema orgânico não real, mas alucinado como programa político pelo partido único.

Esta é a diferença fundamental entre a comunidade do povo nazista e o velho organicismo social positivista, mesmo que ambos respondam ao reducionismos biologistas e racistas, enquadrem-se no contexto total do neocolonialismo racista europeu e, finalmente nenhum respondesse a uma interpretação verificável: entendendo por *ilusão* a alteração senso perceptiva que distorce o objeto, e por *alucinação* a que cria um objeto inexistente, podemos dizer que o organicismo positivista tinha a *ilusão* de um organismo social (sociedade sistêmica), enquanto o nazista uma *alucinação*.

Os positivistas de Liszt (ou de Ferri) acreditavam que a sociedade

realmente existente era um organismo, interpretavam-na como tal, parecia-lhes que estava ali, que viam o organismo e que eles eram células desse organismo. Sem dúvida que o positivismo também era romântico e seu conceito de sociedade era sistêmico, porque todo organicismo social é sempre uma interpretação sistêmica da sociedade existente (em sentido sociológico) elaborada sobre base biologista e racista, mas não um sistema social em vias de construção ou de imposição nem como parte de um programa político, como acontecia no romantismo nazista.

No esquema *racista evolutivo spenceriano* do neocolonialismo anglo-saxão, o organismo era composto de células evoluídas e era dever *natural* do poder punitivo eliminar os obstáculos à luta interna desumana, para permitir que a evolução continuasse mediante a sobrevivência dos mais fortes. No pensamento do *racismo involutivo do neocolonialismo (ou da pretensão neocolonialista) alemão*, as células se conservavam evoluídas, mas o organismo social havia sido enfraquecido e corria o risco de provocar degeneração celular, por isso era necessário restabelecer o sistema que muito antes tinha impedido a degeneração.

Enquanto o *perigoso* para a polícia do positivismo era o *agente patogênico* do organismo existente, que devia ser eliminado para impedir o seu enfraquecimento, o *degenerado* do nazismo era o que perturbava o restabelecimento completo do organismo (sociedade sistêmica) que interromperia o processo de degeneração celular.

A partir disso, explica-se que os positivistas não tivessem nenhum *intérprete último* a quem recorrer para determinar quem era *perigoso*, quem violava as regras do seu organismo social, porque cada juiz aplicava os critérios da classe dominante conforme a sua interpretação, supostamente limitando-se a verificar o poder de dano social do *perigoso*, que se considerava um *dado naturalizado*, necessitado de verificação e não de interpretação, a cargo de juízes que assumiam *naturalmente* a função de *leucócitos* dentro do organismo social e que, obviamente, selecionavam sujeitos das classes subalternas, consideradas, desde o século XIX, como *classes perigosas*, conforme os seus valores e preconceitos classistas.

É verdade que tanto o organismo social (ou sociedade sistêmica) do positivismo como a comunidade popular do nazismo não eram reais, e que ambos eram construções naturalizadas do biologismo racista e também que ambos eram *românticos* no sentido de partir de uma intuição não verificada, mas os positivistas se *iludiam* de estar verificando algo real e de

que qualquer um (das classes *não perigosas*) podia entender as regras que emanavam do sistema (de que, na realidade, encarregavam-se seus juízes e policiais), enquanto os nazistas *alucinavam* um sistema *natural* mas não realizado, que devia restabelecer-se porque havia se perdido no tempo, como também havia se enfraquecido o *sentimento jurídico* (a *intuição racial* do direito) ou seja, que admitiam que não era por completo atual e, portanto, necessitavam de um intérprete último da *fidelidade* à comunidade, que encarnava na figura do *Führer*

Devido a esta diferença, o positivismo se contentava em detectar à *entidade patogênica naturalmente perigosa* que estava causando ou podia causar um dano social, porque se iludia com uma sociedade sistêmica ou organismo social agredido. O nazismo, em lugar disso, queria detectar o resistente *infel* ao programa de reinstalação do sistema que *devia impor-se* conforme o que *a natureza ordenava* e havia se desviado, enfraquecendo-se por obra dos inimigos externos que pretendiam destruí-lo totalmente mediante a contaminação racial (os mestiços judeus). O direito penal positivista procurava *perigosos* para o *organismo social* (*perigosos* para um *sistema* que imaginavam *existente*), o nazista procurava infelís ao programa orgânico do partido (*resistentes à instalação de um sistema imaginado como projeto político*).

Ambos se inseriam no comum racismo neocolonialista europeu, mas enquanto os *colonizados de spenciarismo* eram *raças inferiores* que não tinham evoluído como os *brancos* e que só poderiam fazê-lo com uma tutela secular ou milenária anglo-saxã ou dos seus aliados *brancos*, e seus perigosos internos eram casos de atavismo biológicos acidentais que geravam indivíduos feios e parecidos com os das raças inferiores colonizadas, para o *racismo da aspiração neocolonialista alemã de Gobineau e Chamberlain*, as raças inferiores colonizadas eram potenciais inimigos externos capazes de contaminá-los, que não tinham esperança de evolução, que só podiam ser objeto de exploração, e seus *degenerados* internos eram o produto dessa contaminação.

Em suma, ambas as versões, que poderiam classificar-se de *otimismo racial spenceriano* ou de *pessimismo racial gobineauiano*, coincidiam na exploração do colonizado, sem que a promessa de evolução do primeiro, remetida a um futuro longínquo, significasse uma diferença marcada em relação ao presente, pois ambos legitimavam seu direito atual a ocupá-los e explorá-los e, em caso de resistência, a matá-los massivamente, como o neocolonialismo no século XIX e o colonialismo fizeram nos séculos anteriores.

3. A INCORPORAÇÃO PENAL DO CONCEITO DA COMUNIDADE DO POVO

A ideia de comunidade do povo como sociedade sistêmica que se realiza por imposição biológico-racista, como a do aniquilamento dos seus inimigos externos e a depuração dos resistentes internos ao programa de reinstalação do modelo natural perdido na história, incorporou-se a toda a doutrina penal dos anos 1933 a 1945; e não deve confundir-se a este respeito que essa incorporação tenha ocorrido, pelo menos, mediante três racionalizações diferentes: os teóricos brutalmente descarnados do *direito penal de vontade* (Freisler); os *neokantianos nazistas* que adaptavam as suas categorias aos valores do nazismo; e os *autores de Kiel*, que pretendiam construir um modelo teórico nazista próprio.

Freisler não chegava a construir um tipo de autor, mas se limitava a assinalar que a função penal era detectar o *degenerado* em sua subjetividade, em sua vontade, sem esperar o resultado, depurando a comunidade alucinada inclusive mediante uma expressa função vingativa da pena, que respondia a um sentimento de retaliação que considerava biologicamente incorporado ao povo alemão desde os germanos e não necessitado de nenhuma racionalização *filosófica*.

Mezger e outros incorporavam os valores nazistas para reformular sua teoria estratificada do delito, sem renunciar a nenhum dos seus caracteres, mas enquadrando-o na nova tabela de valores ordenadores. Por conseguinte, criava um equivalente à consciência da ilegalidade do fato, que era a *cegueira* ao direito: quem não fosse consciente de que era ilícito ter relações sexuais com um judeu ou judaica ou com uma pessoa do mesmo sexo igualmente devia ser condenado por tipicidade dolosa, porque essa conduta correspondia à subjetividade de um *inimigo do povo* ou de um *cego perante o direito*. Por outra parte, tampouco renunciava à culpabilidade em sua essência normativa de recriminação, mas sim estendia a recriminação a toda eleição existencial da pessoa, ou seja, que, à diferença do juiz *leucócito* do positivismo, pretendia um *juiz delegado divino*, que adiantasse uma espécie de juízo final na Terra.

Os de Kiel demoliam a teoria estratificada do delito dos neokantianos valendo-se das suas incoerências (tipo objetivo e desvalorizado, ilegalidade de um processo causal, vontade sem conteúdo no comportamento, elementos subjetivos no tipo e dolo na culpabilidade, dolo não valorado no inimpunível, dolo no tipo na tentativa, mas não no delito consumado, etc.). Com

diferenças menores entre seus dois autores, parecia que ambos eliminavam a culpabilidade para reduzir o delito a um injusto que concernia ao *tipo de autor*, ou seja, um complexo requerimento de componentes objetivos e subjetivos em constante intercâmbio no seio de uma pretendida unidade de fato e autor, em que não se considerava a capacidade psicofísica do agente, mas sim se construía com o objetivo de satisfazer uma suposta necessidade de intimidação ou prevenção geral negativa, como um tipo de *sujeito para penar*.

A violação ao dever ético — imaginário por emanar de um sistema social também imaginado — era o essencial no delito, de modo que, se todo delito fosse um descumprimento de dever, é evidente que todo delito era, em essência, uma omissão de cumprimento de um dever, quer dizer, do comportamento conforme a ética social imaginada.

Não se tratava da violação a nenhuma pauta ética da sociedade real (embora eventualmente pudesse coincidir), mas sim da ética imaginada e que violava qualquer comportamento ou manifestação de vontade contrária ao programa político de instalação do sistema social orgânico que o nazismo queria impor. Por conseguinte, nada disso podia ficar submetido à verificação empírica: a pena não tinha mais função primária que a de reafirmar a validade do dever violado, de lembrar ao resto a vigência desse dever e de intimidar quem não tinha violado e estivessem tentados a fazê-lo.

Em síntese, pois, a discussão dogmática entre os anos 1933 e 1945 nos mostra um jogo de racionalizações do pensamento jurídico-penal desse tempo, que tiveram por objetivo incorporar à ciência penal os conteúdos políticos do irracionalismo romântico do nazismo e, conseqüentemente, submeter às mais graves penas, sem limitação legal nem temporária, os resistentes ao seu programa de instalação de um modelo de sociedade sistêmica imaginado pelos nazistas e cujo intérprete último — quando se tratava de um programa partidário e não de uma verificação empírica — era o *Führer*.

4. SOBREVIVEM SIGNOS DESTAS CONSTRUÇÕES?

É óbvio que hoje não sobrevivem os elementos próprios do irracionalismo romântico do nazismo, mas não cabe descartar por completo a possibilidade da aparição de outros ou de alguns remoados mas mais ou menos similares, posto que esta não é uma história longínqua, como a das inquisições e da luta de Friedrich Spee, que remete a quatro séculos no mínimo, nem da muito fina elaboração de *Malleus maleficarum* de mais de

quinhentos anos atrás, mas sim de um regime político que existia quando alguns de nós tínhamos nascido e nos ensinavam as primeiras letras.

De qualquer maneira, apesar de que ninguém usa camisas pardas e só uns poucos inconscientes se adornem com a cruz gamada, não é possível negar que a promoção constante de legislação penal, a idolatria do poder punitivo como capaz de resolver todos os problemas por díspar que seja a sua natureza, a promoção do terrorismo mediático, a intimidação mediática a políticos e juízes, a estigmatização de quem opõe resistência ou responde a discursos de vingança e discriminatórios, vai introduzindo na dogmática penal racionalizações de diferente natureza que, no fundo, coincidem em alguma medida com as tendências que impulsionaram os advogados criminalistas alemães destes anos.

Sem pretensão de esgotar a lista de signos neste sentido, não é possível ignorar, por exemplo, uma marcada etização do direito penal, como a que tem lugar em certos processos por corrupção que respondem ao objetivo claro de estigmatizar e excluir candidatos ou possíveis candidatos políticos; a manipulação da prisão preventiva e da duração indefinida dos processos como pena antecipada ou diretamente ilegal; a negação do princípio de lesividade nos delitos de posse de tóxicos proibidos para consumo próprio; a opacidade do bem jurídico pela profusão dos tipos de perigo abstrato ou presumido e a pretendida ofensa por *acumulação*; a tendência a criminalizar a omissão de intervenções inúteis; a pretensão de impor ao delito tentado uma pena igual ou próxima à consumação; a punição de casos de ausência de tipo como tentativas não idôneas; a punição da tentativa de instigação; a crescente tipificação de atos preparatórios; o recurso ao tipo de associação ilícita, configurado pelo simples acordo de vontades, como claro caso de direito penal de vontade; a construção dos tipos nebulosos; a manipulação dos tipos penais para embutir em seu âmbito de proibições comportamentos que não cabem; a crescente relevância da disposição interna nos tipos e nas valorações judiciais; a desproporção da pena com a culpabilidade nos agravantes por reincidência, reincidência múltipla e habitualidade, inclusive não específica por delitos menores e até com penas por tempo indeterminável (*Three Strikes and You're Out*); a frequente invocação da obsoleta periculosidade positivista; o desconhecimento do princípio de culpabilidade nas reiteradas tentativas de punição de crianças conforme o critério medieval de que *malitia supplem aetatem*; o crescente reconhecimento de atribuições jurisdicionais às polícias e a outros órgãos administrativos; o segredo dos processos e a não comunicação

do detido (ocasião da tortura); a extensão do recurso à *plea bargaining*, como forma predominante e quase exclusiva de concluir os processos; entre outros.

A sobrevivência de critérios jurisprudenciais desses anos na jurisprudência penal alemã posterior foi detectada em algumas investigações⁴⁹⁴, mas, se percorrêssemos a jurisprudência latino-americana, certamente encontraríamos sinais ainda mais destacados.

5. AS REALIDADES DESUMANAS ATUAIS

Na atualidade, o poder econômico político da nossa região procura reafirmar nossos modelos de sociedades excludentes e Estados de direito institucionalmente defeituosos, que registram os mais altos coeficientes de Gini do mundo e, em boa parte, também os índices de mais elevada violência homicida. Por conseguinte, o seu *poder punitivo* se orienta à contenção mais ou menos violenta dos *excluídos ou descartáveis*, manipulado por corporações monopólicas, que instalam um *terrorismo mediático*, munidas do seu forte poder de criação de realidade, e, assim, tomam como reféns os políticos e brindam-lhes a oportunidade de exibir a sua impudícia perante a morte dos seus semelhantes.

O saber penal direcionado aos juízes que pretenda enquadrar-se nos Direitos humanos deveria orientar-se a promover o exercício de um poder jurídico cuja principal função seja a de contenção racional das pulsões letais do poder punitivo, em função da preservação e ampliação dos espaços de dinâmica social inclusiva.

Por conseguinte, uma doutrina penal orientada neste sentido não pode ser alheia aos dados da realidade mortífera e, em consequência, deveria rechaçar em sua construção teórica qualquer racionalização que pretenda excluir dados empíricos, para ancorar-se firmemente em um realismo minimamente de acordo com a realidade do mundo em que se construa. Do contrário, nossa ciência jurídico-penal se converteria em uma proposta política *órfã* de informação real, ou seja, descabida como programa político e ainda mais perigosa, embora declame o discurso do Estado de direito, posto que não seria mais que um modelo *alucinado* de Estado que, em boa parte, viria substituir a função que, nos anos que nos ocupam, cumpriu a imaginária *Volksgemeinschaft* nazista.

494. É possível ver a citação de Gerhard Pauli, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen*.

Obviamente, esta — como toda empresa *jus-humanista* — será resistida no plano do poder real pelos impulsores da consolidação e regressão dos modelos excludentes de sociedade. Esta contradição será sempre de natureza puramente política e, por conseguinte, a sua análise não corresponde ao que estamos vendo aqui.

Contudo, no plano da ciência jurídico-penal, terá de enfrentar as elaborações doutrinantes legitimadoras do modelo de sociedade excludente, ou seja, com um *direito penal desumano* que, conforme a experiência histórica e, em particular, de 1933 a 1945 na Alemanha, pode adotar diferentes caminhos construtivos, ou seja:

- (a) Um caminho pode ser a racionalização de construções mais ou menos engenhosas, mas cujo objetivo seja ignorar os dados da realidade social, o que equivaleria — guardadas todas as distâncias — à pretensão de assepsia política dos neokantianos. Não seria estranho que se retomassem essas velhas racionalizações mais ou menos remoçadas, que seriam funcionais a modelos de corporações judiciais burocratizadas para ignorar fenômenos de execuções sem processo, desaparecimentos forçados, torturas, corrupção sistêmica e outras flagrantes violações aos Direitos Humanos.
- (b) Outro pode ser a pretensão de naturalização de uma imaginária sociedade sistêmica também inexistente, embora não seja apresentada como o programa de um partido único, pois, em nossos dias e em nossa região — pelo menos no momento —, é difícil levar as coisas até o extremo do romantismo nazista. Uma hipótese — que já mencionamos — seria conceber o Estado de forma mais ou menos hegeliana e elevá-lo a um modelo sistêmico alucinando ou iludindo-se com sua realização perfeita, sem considerar desigualdades, falhas e defeitos próprios do jogo de pulsões *humanas e desumanas* próprias da realidade.
- (c) Uma terceira possibilidade é que se degrade até incorporar acriticamente o discurso mediático — que se aproxima perigosamente do irracionalismo romântico do nazismo —, embora de forma fragmentária e incoerente, porque não tem a capacidade construtiva nem o potencial perverso, porém criativo, dos advogados criminalistas dos anos que nos ocupam.

Esta última variável — por sua incoerência e fragmentação — não pertenceria ao campo da ciência jurídico-penal. A mera reprodução da criação de realidade mediática e a identificação política aberta com o modelo de sociedade excludente não chegam a configurar nenhum discurso minimamente científico, por isso, reserva-se a objeto de estudo da sociologia e da ciência política.

Por outra parte, a recepção do discurso dos monopólios mediáticos somente se produz em parágrafos de algumas sentenças e não tem — por sorte — até o momento nenhuma versão que pretenda ser doutrinal, nem acreditamos que poderia tê-la, porque carece do mínimo nível de coerência requerido para isso, embora não por essa razão seja menos perigosa para uma sociedade democrática.

Não cabe excluir também a possível combinação das duas primeiras variáveis científicas, embora seja possível alguma isolada aparição ou algum isolado enxerto inorgânico da terceira variável (não científica), no meio do caos vociferante produzido pelo *populismo punitivo* do momento.

Conforme essas reflexões, esperamos que o terreno da dogmática penal *desumana* desperte maior interesse que aquele recebido na nossa região até o presente e, por conseguinte, seja motivo de ulteriores e melhores investigações, posto que nenhuma das suas racionalizações está totalmente morta, mas sim em simples hibernação ou desmaio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola, História de la filosofía, t. III, Barcelona, 1973.
- AGUIRRE, Eduardo Luis, Delitos de lesa Humanidad y genocidio (tesis), Universidad de Sevilla, 2013.
- ANGERMUND, Ralph, Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung, Frankfurt, FISCHER, 1990.
- ARENDT, Hannah, Los Orígenes del totalitarismo. El antisemitismo, Barcelona, 1997.
- BAHAR, Alexander y KUGEL, WILFRIED, Der Reichstagsbrand. Wie Geschichte gemacht wird, Berlin, 2001.
- BARATTA, Alessandro, Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modelo integrato di scienza penalistica, em L. Questione Criminale, Bologna, 1979.
- Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, Milano, GIUFFRÈ, 1996.
- BAYARDO BENGIOA, Fernando, Dogmática jurídica penal. Reformulación y perspectivas, Montevideo, 1983.
- BECCHI, Paolo, Ideologia della codificazione in Germania, dalla recezione alla polemica sulla codificazione, Genova, Compagnia dei Librai, 1999.
- BELING, Ernst von, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
- Die Lehre von Tatbestand, Tübingen, 1930.
- Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Augsburg, 1923.
- Revolution und Recht, Augsburg, 1923.
- BENDERSKY, Joseph W., Carl SCHMITT teórico del Reich, Bologna, Il Mulino, 1989.
- BERND-RÜDIGER KERN, Georg Beseler. Leben und Werk, Berlin, 1982.
- BEST, Wener, Die Geheime Staatspolizei, Deutsches Recht, n 1, 1936.
- BETTIOL, Giuseppe, Il problema penale, em Scritti Giuridici, II, Padova, 1980.
- Verso um nuovo romanticismo giuridico, em Scritti Giuridici, II, Padova, 1980.
- Bene giuridico e reato, em Scritti Giuridici, I, Padova, 1980.
- BEULKE, Werner, In memoriam Friedrich Schaffstein, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 2002.
- BINDER, Julius, Philosophie des Rechts, Berlin, 1925.
- BINDING, Karl y HOCHÉ, Alfred, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Berlin, 2006.
- La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida, trad. De BAUTISTA Serigós, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz, Zwei AUFSÄTZE, Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens (1834), Bemerkungen über den begriff des natürlichen Verbrechens

(1836), ed. Por José Luis GUZMÁN DALBORA y Thomas VORMBAUM, Berlín, LIT, 2011.

BLACK, Edwin, War against the Weak. Eugenics and American's campaign to create a master race, New York, 2003.

BLASCO y Fernández de MOREDA, Francisco, Las escuelas de Kiel y de Marburgo, y la doctrina penal nacional-socialista, Criminalia, México, diciembre de 1943.

BLÜMEL, Willi (ed.), Ernst FORTSHOFF. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstags von Prof. Dr. h.c. Ernst FORTSHOFF, Berlín, DUNCKER & HUMBLOT, 2003.

BONGER, William A., Criminality and Economic Conditions, New York, 1916.

BORRILLO, Daniel, L'homophobie, París, PUF, 2000.

BRACHER, Dietrich, Die Auflösung der Weimarer Republik, Düsseldorf, 1978.

BRAMBILLA, Elena, La giustizia intollerante. Inquisizione e tribunali confessionali in Europa (secoli IV – XVIII), Roma, Carocci, 2006.

BRAND, Margit, Studien zu Johannes Niders deutschen Schriften, Roma, Istituto Storico Domenicano, 1998.

BREITLING, Richard, Paul de Lagarde und der grossdeutsche Gedanke, Wien, 1927.

BRUNS, Hans-Jürgen, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und begriffsbildungsmethodik, Berlín, Nicolai, 1938.

CATTANEO, Mario A., Carl SCMITT y Roland FREISLER: la doctrina penal del nacional-socialismo, disponible en <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/8.pdf>.

CHAMBERLAIN, Houston Stewart, Die Grundlagen des Neunzehnten Jahrhunderts, München, Bruckmann, 1906.

CLAUSS, Ludwig Ferdinand, Rasse und Seele, 1934.

COHN, Norman, El mito de la conspiración judía mundial. Los protocolos de los sabios de Sión, Madrid, Alianza, 1983.

COLLOTTI, Enzo, Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia, Bari, Laterza, 2008.

CZEQUN, Ignacio; HEILGEDORF, ERIC y WEITZEL, JÜRGEN (eds.), Eugenik und Euthanasie 1850-1945, Baden-Baden, 2009.

DAHME, Georg, Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht, Deutsches Recht, marzo de 1934.

- Der Ehrenschatz der Gemeinschaft, em Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. GLEISPACH, Berlín-Leipzig, W. de GRUYTER, 1936.

- Der methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, em Methoden und System des neuen Strafrechts, Berlín, 1938.

- Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht, Recht und Staat, n 78, 1931.

- Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit im Strafrecht der Gegenwart, em Probleme der Rechtserneuerung, Berlín, 1944.

- Der Tätertyp im Strafrecht, Leipzig, 1940.

- Deutsches Recht, Hamburg, 1944.

- Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. Eine Einführung, Stuttgart, Kohlhammer, 1963.

- Deutsches Recht: Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, Stuttgart, Kohlhammer, 1951.

- Nationalsozialistisches und fachistisches Strafrecht, Berlín, Junker & Dunn haupt, 1935.

- Verbrechen und Tatbestando, Berlín, 1935.

- Volkerrecht, t. I-III, Stuttgart, W. de GRUYTER, 1958-1961.

DAHME, Georg y SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, ¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?, Buenos Aires, Ediar, 2011.

DARRÉ, Walther, Blut und Boden, en Lammers, Hans y Pfundtner, Hans (eds.), Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, t. I, Gruppe 1, Beitrag 3, Berlín, 1936.

DENNIS, Davis B., Desumanidade. Interpretações Nazistas da cultura ocidental, São Paulo, 2014.

DIESELHORST, Malte, Die Euthanasie im “Dritten Reich”, em Dreier, RALF Y SELLERT, WOLFGANG (eds.), Recht und Justiz im Dritten Reich”, Frankfurt, 1989.

DILTHEY, Wilhelm, Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und ihrer Geschichte, Berlín, Duncker & Humblot, 1883.

DILTHEY, Wilhelm, Introducción a las ciencias del espíritu, Buenos Aires, 1943.

DOHNA, Alexander Graf zu, Die Revolution als Rechtsbruch und Rechtsschöpfung, Heidelberg, 1923.

DORADO MONTERO, Pedro, El derecho protector de los criminales, Madrid, 1916.

DÖRING, Erich, Geschichte der juristischen Fakultät 1665-1965, em Geschichte der Christian-Albrechts-Universität Kiel 1665-1965, t.III, primera parte, Neumünster, K. Wachholtz, 1965.

DREIER, Ralf u. Sellert, WOLFGANG (Hrsg.), Recht und Justiz im “Dritten Reich”, Frankfurt a.M., 1989.

DRIESMANS, Heinrich, Das Keltentum in der Europäischen Blutmischung, Leipzig, 1900.

- Die Wahlverwandtschaften der deutschen Blutmischung, Leipzig, 1901.

DRUMONT Édouard, La France juive. Essai d'histoire contemporaine, Édition illustrée de scènes, vues, portraits et plans d'après les dessins de nos meilleurs artistes, París, Gautier, s.d.

DUNLOP, Nic, The lost Executioner. A Story of the Khmer Rouge, Londres, Bloomsbury, 2005 (Tras las huellas del verdugo, Barcelona, Océano, 2005)

ECKERT, Jörn, Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät – Stobtrupp fakultät, en Ostendorf, Heribert y Danker, Uwe (eds.), Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen, Baden-Baden, 2003.

- Was war die Kieler Schule?, em Jürgen Sacker, Franz, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, Baden-Baden, 1992.

ECKHARDT, Karl August, Deutsche Rechtswissenschaft, en Herlinde Pauer-Studer y Julian Fink (eds.), Rechtfertigung des Unrechts, Leipzig, 1940.

EISENHARDT, Ulrich, Deutsche Rechtsgeschichte, München, C. H. Beck, 2008.

ELBERT, Carlos, Franz von Liszt: Teoría y práctica en la política-criminal (1899-1919), Buenos Aires, Prosa, 2017.

ESTÉVEZ ARAUJO, José A., La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt em Weimar, Barcelona, Ariel, 1989.

EVOLA, Julius, Il mito del sangue, Padova, 1978.

- Sintesi delle doctrine della razza, Padova, 1978.

EXNER, Franz, Kriminalistischer Bericht über eine Reise nach Amerika, ZStW, 1934.

- Biología criminal en sus rasgos fundamentales, trad. De Juan del ROSAL, Barcelona, Bosch, 1957.

FABRICIUS, Hans, Das Programm der nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei, en Lammers,

Hans y Pfundtner, Hans (eds.), *Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates*, t. I, Gruppe 1, Beitrag 6, Berlín, 1936.

FALK FRAGOSO, Christiano, *Autoritarismo e sistema penal*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

FERRARI ZUMBINI, Massimo, *Die Wurzeln des Bösen. Gründerjahre des Antisemitismus: Von Bismarck zu Hitler*, Frankfurt, 2003.

FIANDACCA, Giovanni, *Feindstrafrecht*, em Thomas Vormbaum (Hrgs.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlín, 2009.

FISCHER, Ludwig, *Rassenschande als strafbare Handlung*, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1935.

FORSTHOFF, Ernst, *Der totale Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

FOUCAULT, Michel, *Genealogía del racismo*, De la guerra de las razas al racismo de Estado, Madrid, La Piqueta, 1992.

FRANK, Hnas, *Die staatsrechtliche bedeutung des 30. Januar 1933*, DR, 4, 1934.

- *LEBENSRECHT*, nicht Formalrecht, em *Deutsches Recht*, 4, 1934.

- *Fondamento giuridico dello Stato Nazionalsocialista*, trad. De L. L. PALERMO, prefacio de Arrigo SALMI, Milano, 1939.

- (ed) *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*, t. I., 4 ed., Berlín, 1935.

FRANK, Reinhard von, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, Alfred TOPELMANN, 1907.

FRASSER, Ralf, Karl LARENZ (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de pós-guerra, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, V, 2007.

FRÉGIER, Honoré Antoine, *Des clases dangereuses de la population dans les grandes villes*, Bruselas, 1840.

FREISLER, Roland, *Der Rechtswahrer im Kampfe des Vierjahresplanes*, Deutsche Justiz, 1936.

- *Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluss auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozess und Strafvollzug*, Deutsche Justiz, 1935.

- *WILLENSSTRAFRECHT*; Versuch und Vollendung, en Franz GURTNER (ed.), *Das kommende Strafrecht Allgemeiner Teil*; Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2 ed., Berlín, 1935.

- *Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers?*, *Deutsches Strafrecht*, 1935.

FREUDENTHAL Berthold, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922.

FRIEDRICH Denker, *Die strafrechtliche Beurteilung von NS-Rechtssprechungsakten*, en *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, editado por Peter SALJE, Munster, 1985.

FRITZSCHE, Peter, *De alemanes a nazis 1914-1933*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.

GALLAS, Wilhelm, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung*, W. de Gruyter, 1936.

GAROFALO, Raffaele, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, Fratelli, Bocca, 1891.

GENTILE, Emilio, *Il mito dello Stato nuovo*, Bari, Laterza, 2002.

GEORGAKIS, Jannis A., *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*, Leipzig, Weicher, 1940.

GERSTENHAUER, Max Robert, *Das ewige Deutschland. Idee und Gestalt*, en Herlinde Pauer-Studer y Julian Fink (eds.), *Rechtfertigung des Unrechts*, Leipzig, 1940.

GINZBURG, Carlo, *Miti emblematici. Morfologia e storia*, Einaudi, 2000.

GLEISPACH, Wenzel von, WILLENSSTRAFRECHT, en Elster, Alexander y LINGEMANN, HEINRICH (eds.), *Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften*, Berlín, Walter de Gruyter, 1936.

GOBINEAU, Arthur de, *Essai sur l'inegalité des races humaines*, París, 1967 (trad. Italiana: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Rizzoli, 1997).

GOEB, Alexander, *Er war sechzehn, als man ihm hängte*, *Das kurze Leben des Widerstandskämpfers Bartholomeus Schink*, Hamburg, 1984.

GOLDSCHMIDT, James, *Normativer Schuldbegriff*, en *Fest. Für Frank*, Tübingen, 1930.

GÖRING, Hermann, *Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft*, conferencia en la Akademie für Deutsches Recht, Hamburg, 1935.

GÖSSEL, Karl Heinz, *Widerrede zum Feindstrafrecht. Über menschen, Individuen und Rechtspersonen*, em Thomas VORMBAUM (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlín, LIT, 2009.

GRISPIGNI, Filippo y MEZGER, Edmund, *La reforma penal nacional-socialista*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

GRISPIGNI, Filippo y MEZGER, Edmund, *La riforma penal nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1942.

GROPPI, Tania; CELOTTO, Alfonso y Olivetti, Marco (coords.), *La justicia constitucional en Europa*, Querétaro, FUNDAP/Instituto de Administración Pública de Guanajuato, 2004.

GRUCHMANN, Lothar, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, München, Oldenbourg, 1988.

GÜRTNER, Franz, *Das kommende Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission* herausgegeben von Dr. Franz Gürtner Reichsjustizminister, Berlín, 1935.

GÜTT, Arhur, *Bevölkerungs- und Rassenpolitik em Lammers, Hans y Pfundtner, Hnas (eds.)*, *Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates*, t. I, Gruppe 2, Beitrag 12, Berlín, 1936.

HANNOVER, Heinrich y HANNOVER-DRÜCK, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*, Frankfurt, Fischer Bücherei, 1966.

HARRIS, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica. Historia de las teorías de la cultura*, Madrid, Siglo XXI, 1983.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, Alianza, 1980.

HEGLER, August, *Merkmale des Verbrechens*, ZStW, 1915.

HENKEL, Heinrich, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

HENTGES, Gudrun, *Schattenseiten der Aufklärung. Die Darstellung von Juden und Wilden in philosophischen Schriften des 18. und 19. Jahrhunderts*, Schwalbach im Taunus, 1999.

HILLEL, Marc y Henry, Clarissa, *of pure Blood*, New York, McGrawHill, 1976.

HOBSBAWM, Eric, *Historia del siglo XX*, Buenos Aires, Crítica, 2012.

HOFFMANN, Cristhard, *Juden und Judentum im Werk deutscher Althistoriker des 19. und 20. Jahrhunderts*, Leiden, 1988.

HÖRNLE, Tatjana, *Strafrecht und Rechtsphilosophie: Traditionen und Perspektiven*, em *Fest. 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlín, 2010.

HOUSDEN, Martyn, Helmut Nicolai and Nazi Ideology, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1991.

HOYER, Andreas, Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo, en Revista penal Universidad de Castilla-La Mancha, n 23, 2009.

HUBER Ernst Rudolf, Rechtsfragen der Novemberrevolution. Die Anerkennung der revolutionären Staatsgewalt und Staatsordnung in der deutschen Rechtsprechung nach 1918, en Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Göttingen, Schwartz, 1975.

- Verfassungsrecht der Grossdeutschen Reiches, en Herlinde Pauer-Studer y Julian Fink (eds.), Rechtfertigung des Unrechts, Leipzig, 1940.

- Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Stuttgart, W. KOHLHAMMER, 1957-1991.

- Verfassung, Hamburg, 1937.

HUIZINGA, Johan, El concepto de la Historia y otros ensayos, México, FCE, 1946.

ISAY, Hermann, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.

JÄGER, Herbert, Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt, Frankfurt, Suhrkamp, 1989.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, El Derecho Penal, Buenos Aires, Ediar, año 1, n 1, 1945.

KAMINSKI, Hans Erich, EL nazismo como problema sexual, Ensayo de psicopatología, Buenos Aires, Imán, 1940.

KANTOROWICZ, Hermann, Albertus GANDINUS: Schriften und Leben, 1924.

KARITZKY, Holder, Eduar KOBLRAUSCH. Kriminalpolitik in vier Systemen. Eine strafrechtshistorische Biographie, Berlín, 2002.

KERRL, Hanns, Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preubischen Justizministers, Berlín, Decker, 1933.

KERSHAW, Ian, Hitler, t. I, Barcelona, Península, 1999.

KIRCHHEIMER, Otto, Criminal Law in National Socialist Germany, em The Rule of Law under Siege, Selected Essays of Franz Neumann and Otto Kirchheimer, University of California Press, 1996.

KIRMAN, Bem, El régimen de Pol Pol. Raza, poder y genocidio em Camboya bajo el régimen de los Jemeres Rojos, 1975-1979, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

KLAGES, Ludwig, Sämtliche Werke. Ed. Por Ernst FRAUCHIGER, Gerhard FUNKE, Karl J. GROF-FMANN, Robert HEISS und Hans Eggert SCHRÖDER, Bonn, 1969.

KLAMROTH, Kurt, Staat und Nation bei Paul de Lagarde. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ideenlebre im 19. Jahrhundert, Leipzig, 1928.

KOELLREUTTER, Otto, Der Aufbau des deutschen Führerstaates, em Lammers, Hans y Pfundtner, Hans (eds.), Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, t. I, Gruppe 2, Beitrag 18, Berlín, 1936.

- Deutsches Verfassungsrecht, 3. ed., Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1938.

KOHLRAUSCH, Eduard, Das Kommende Deutsche Strafrecht, ZStW, 55, 1936.

KOLLER, Siegfried, Die "Gemeinschaftsunfähigen"- Ein Beitrag zur wissenschaftlichen und praktischen Lösung des sogenannten "Asozialenproblems", Gießen, 1939-1941.

KOLLMANN, Horst, Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem, Breslau, 1908.

KOOP, Volker, Dem Führer ein Kind Schenken, Die SS-Organisation Lebensborn e.V., Köln, 2007.

KRÄMER, Enrique y SPRENGER, Jakob, El martillo de las brujas, para golpear a las brujas e sus herejías con poderosa maza, Madrid, Ferlmar, 1976, y Valladolid, 2004.

- Il marchio della strega. Malleus maleficarum, il manuale dell' Inquisizione sulla caccia alle streghe e

sua applicazione, Segrate, Piemme, 2005.

- Il martelo delle streghe, Venecia, Marsilio, 1977.

- Malleus maleficarum, 1487.

O martelo das feiticeiras, Malleus maleficarum, Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1991.

KROG, Fritz, Lagarde und der Deutsche Staat. Eine Übersicht über jagardes Denken. München, 1930.

LARENZ, Karl, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen, JCB Mohr, 1934.

- Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, em Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlín, 1935.

- Volksgeist und Recht, en Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie, 1934.

- Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens, Berlín, 1935.

LEERS, Johann von, Rassengeschichte des deutschen Volkes, em Lammers, Hans y Pfundtner, Hans (eds.), Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, t. I, Gruppe 1, Beitrag 4, Berlín, 1936.

LEVACK, Brian P., La caccia alle streghe in Europa, Bari, Laterza, 2004.

LIEBKNECHT, Karl, Militarism, New York, 1917.

LINTON, Ralph, Estudio del homebre, México, FCE, 1942.

LISZT, Franz von, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlín, 1891.

LÖSENER, Bernhard, Staatsangehörigkeit und Reichsbürgerrecht, em Lammers, Hans y Pfundtner, Hans (eds.), Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, t. I, Gruppe 2, Beitrag 13, Berlín, 1936.

MACÍAS CARO, Víctor Manuel, El papel de algunos penalistas italianos durante el fascismo, en El Derecho penal de la posguerra, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MAGGIORE, Giuseppe, Diritto penale totalitario nello Stato totalitario, Rivista italiana de diritto penale, 1939.

MANN, Michael, Fascists, Cambridge University Press, 2004.

MARTINDALE, Dan, La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas, Madrid, Aguilar, 1979.

MARTYNEWICZ, Wolfgang, Salón Deutschland. Intelectuales, poder y nazismo en Alemania (1900-1945), Buenos Aires, Edhasa, 2013.

MARXEN, Klaus, Das Volk und sein Gerichtshof, Eine Studie zum National-sozialistischen Volksgerichtshof, Frankfurt, V.KLOSTERMANN, 1944.

- Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre, Berlín, 1975.

- Strafrecht nach der Überwindung zweier Unrechtsregime in Deutschland, em fest. 200 Jahre juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Berlín, 2010.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Um homenaje tardío a Joachim Vogel, en AA. VV., El derecho penal de la posguerra, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MAYER, Max Ernest, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg, C. Winters, 1915 (2 ed., 1923).

MCCEARNEY, James, Maurras et son temps, París, Albin Michel, 1977.

MMCGEE DEUTSCH, Sandra, Las derechas. La extrema derecha en la Argentina, el Brasil y Chile, 1890-1939, Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

MEYER-HESEMAN, Wolfgang, legalität und Revolution. Zur juristischen Verklärung des nationalsozialistischen Machtergreifung als “legale Revolution”, em Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, editado por Peter Salje, Münster, 1985.

MEZGER, Edmund, Criminología, trad. De J.A. Rodríguez MUÑOZ, Madrid, Revista de Derecho Privado, s.d.

- Die Straftat als Ganzes, ZStW, 57, 1939.

- Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, 2 ed., Stuttgart, 1942.

- Libro de estudio, trad. de Conrado A. FINZI, Buenos Aires, 1959.

- Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Berlin, 1950.

- Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, em probleme der Strafrechterneuerung (Fest. Für KOHLRAUSCH), Berlin, 1944.

- Tratado de derecho penal, trad. De José Arturo Rodríguez MUÑOZ, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.

MICHAELIS, Karl, Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts, em DAHM, Georg; Huber, Ernst RUDOLF; LARENZ, Karl; MICHAELIS, Karl; Schaffstein, FRIEDRICH y Siebert, WOLFGANG, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin, 1935.

MICHAUD, Éric, La estética nazi. Un arte de la eternidad. La imagen y el tiempo en el nacional-socialismo, Buenos Aires, Adriana HIDALGO, 2012.

MIKOREY, Max, Das Judentum in der Kriminalpsychologie, em Das Judentum in der Rechtswissenschaft. 4. Judentum und Strafrecht, Berlin, Deutscher Rechts, 1936.

MINATTA, María Josefina, El derecho penal y la shoá. Las minorías perseguidas: homosexuales, enemigos del “tercer Reich”, en Nuestra Memoria, Buenos Aires, Museo del Holocausto SHOá, año XVII, noviembre de 2011.

MIRANDA, Marisa y VALLEJO, Gustavo, Una historia de la eugenesia. Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1945, Buenos Aires, Biblos, 2012.

MOSSE, George L., La cultura nazi, Barcelona, Grijalbo, 1973.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund MEZGER y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacional-socialismo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- Franz Von LISZT (1851-1919) als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, en Fest. 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, 2010.

- La herencia de Franz von LISZT, en RDPyPP, Buenos Aires, La Ley, 2011.

NAGLER, Johannes, Anlage, Umwelt und Persönlichkeit des Verbrechers, Stuttgart, 1933.

- Die Grundlagen der Strafrechterneuerung, Deutsches Recht, 1934.

- Die Jugendlichen Schwerverbrecher, Gerichtssaal, 1941.

- Staatsidee und Strafrecht, Ein Beitrag zur Strafrechtsreform, Gerichtssaal, 1933.

NAUCKE, Wolfgang, Die Missachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945, em Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, Baden-Baden, 2000.

- NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik? En Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, Baden-Baden, 2000.

- NS-Strafrecht als Teil einer längeren Entwicklungslinie im Strafrecht?, en Säcker, Franz Jürgen (ed.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 2009.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, VALLEJO Nágera, “Los niños perdidos del franquismo” y los crímenes contra la humanidad, em AA.VV., El derecho penal de la posguerra, Valencia, Tirant lo Blanch,

2016.

NEUMANN, FRANZ, Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo, México, FCE, 1943.

NICOLAI, Helmut, Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz vom 30. Januar 1934, em Das Recht der nationalen Revolution, t.9, Berlin, 1934.

- Die rassengesellschaftliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie, München, Eher, 1932.

NILDER, Johannes, Formicarius, 1475.

NOGLES, Luca, Corporatist Doctrine and the “New European Order”, em Joerges, Christian y Gha-leigh, Navraj (eds.), Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions, Oxford, Hart, 2003.

NOLTE, Ernst, Der Faschismus in seiner Epoche, München, Piper, 1963.

NORDAU, Anna y MAXA, Mas Nordau, Centinela de la civilización, Buenos Aires, 1943.

NORDAU, Max, Degeneración, trad. De Nicolás SALMERÓN y García, Madrid, 1902.

ORTNER, Hermut, El ejecutor Roland Freisler: un asesino al servicio de Hitler, Barcelona, Sombra, 2010.

OSTENDORF, Heribert, Der Nürnberger Juristenprozess um seine Auswirkungen auf eine internationale Strafgerichtsbarkeit, em Ostendorf, Heribert y Danker, Uwe (eds.), Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen, Baden-Baden, 2003.

PNH, Rithy y Bataille, Christophe, La eliminación, Barcelona, 2011.

PAVER-STUDER y Julian Fink (eds.), Rechtfertigung des Unrechts, Berlin, 2014.

PAULI, Gerhard, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Berlin, 1992.

POLIAKOV, León, Il mito ariano, Roma, 1999.

RABOFSKY, Eduard y OBERKOFER, Gerhard, Verborgene Wurzeln der NS-Justiz. Strafrechtliche Rüstung für zwei Weltkriege, Wien-München-Zürich, Europaverlag, 1985.

RSDBRUCH, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Berlin, 1904.

- Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung, 1946.

Paul Johann Aselm FEUERBACH. Ein Juristenleben, Springer, 1934.

RAFECAS, Daniel, El derecho penal frente a la Shoá, en Aportes para un cambio cultural a partir de Auschwitz, Buenos Aires, Museo del Holocausto, 2013.

- Historia de la solución final, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

RAUCH, Hebert, Die Klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung, Leipzig, Weicher, 1936.

Rechts und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Kiel (ed.), Georg DAHM – Reden zu seinem Gedächtnis, 1964.

REINACH, Adolf, Die aprioristischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1913.

REINHARDT, Fritz, Vom Wesen der Volks-gemeinschaft, en Lammers, Hans y Pfundtner, Hans (eds.), Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung der nationalsozialistischen Staates, t. I, Gruppe 2, Beitrag 8, Berlin, 1936

RICCIARD VON PLATEN, Alice, Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente, Firenze, Le Lettere, 2000.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, El centenario del nacimiento de Dorado Montero, Santa Fe, Universidad del Litoral, 1962.

- Influencia historicista en Pellegrino Rossi, em Squella, Agustín (dir.), “Savigny y la ciencia del Derecho”, t. II, Valparaíso, 1979, p.817.

ROCCO, Alfredo, La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato Fascista, Roma, La voce, 1927.

ROCCO, Arturo, Il problema e il método della scienza del diritto penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal, 1910.

ROSENBERG, Alfred, Das Wesensgefüge des Nationalsozialismus. Grundlagen der deutschen Wiedergeburt, München, Eher, 1934.

- Der Mythos des 20. Jahrhunderts, 1930.

- El mito del siglo 20. Una valoración de las luchas anímico-espirituales de las foras de nuestro tempo, Buenos Aires, Odal, 1976.

- Nationalsozialismus, Religion und Kultur, en Lammers, Hnas y Pfundertner, Hans (eds.), Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, t. I, Gruppe 1, Beitrag 1, Berlín, 1936.

RÜPING, Heinrich, Zur Praxis der Strafjustiz im “Dritten Reich”, em Dreier, Ralf y Sellert, Wolfgang (eds.), Recht und Justiz im (Dritten Reich”, Frankfurt, 1989.

RÜTHERS, Bernd, Entartetes Recht. Rechtsleben und Kronjuristen im Dritten Reich, München, Bech, 1988.

RUTTKE, Falk, Rassenhygiene und Recht, em Rüdin, Ernst (ed.), Erblehre und Rassenhygiene im völkischen Staat, München, 1934.

SARRABAYROUSE, Eugenio C., El Derecho penal de la Revolución Bávara de 1918-1919, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

SAUER, Wilhelm, Lebendes Recht und Lebend Wissenschaft, Tübingen, 1936.

SAVIGNY Friedrich Carl von, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft, Heidelberg, 1814.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1935.

- Die euro”paische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, Göttingen, 1954.

- Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, Leipzig, Deichert, 1933.

- Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, en Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. GLEISPACH, Berlín-Leipzig, W, de Gruyter, 1936.

- Erinnerungen na Georg Dahm, em Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, vol. 7 (2005-6), Institut für Juristische Zeitgeschichte Hagen, ed. Por Thomas VORMBAUM, Berliner Wissenschafts.

- Jugendstrafrecht: Eine systematische Einführung, Stittgart, 1959.

- Rechtswidrigkeit uns Schuld im Aufblau des neuen Strafrechtssystems, en DAHN, Georg y SCHAFFSTEIN, Friedrich, Methode und System des neuen Strafrechts, Berlín W. de Gruyter, 1938.

- Überlegungen zum Täter-Opfer-Ausgleich und zur Schadenswiedergutmachung, em Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mia 2001, De Gruyter, 2001.

- Wilhelm von Humboldt: Ein Lebensbild, Frankfurt, Klosterman, 1952.

SCHENK, Dieter, HANS Frank. Hitlers Krounjurist und Generalgouverneur, Frankfurt, Fischer, 2006.

SCHIELER, Kaspar, Magister Johannes Nider aus dem orden der predigerbrüder. Ein beitrage zur Kirchengeschichte des fünfzehnten jahrhunderts, Mianz, Kirchheim, 1885.

SCHILLING, Heinz-Dieter (ed.), Schwule und Faschismus, Berlín, 1983.

SCHMIDT, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951.

SCHMITT, Carl, Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934, Deutsche Juristen-Zeitung, 1934.

- Nationalsozialismus und Rechtsstaat Juristische Wochenschrift, n 12-13, 1934.

- Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, Juristische Wochenschrift, 1933.

- STAAT, Bewegung, Volk, Die Dreigliederung der politischen Einheit, Berlín, Hanseatische Verlag-sanstalt, 1935.

Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg, 1934.

SCHOENTENSACK, August; Christians, RUDOLF y EICHLER, Hans, Grundzüge eines Deutschen Strafvollstreckungsrechts, Berlín, 1934.

SCHREIBER, Hans-Ludwig, Die Strafgesetzgebung im “Dritten Reich”, en Dreier, Ralf y Sellert, Wolfgang (eds.), Recht und Justiz im “Dritten Reich”, Frankfurt, 1989.

SCHRÖDER, Horst, Georg DAHM als Strafrechtler, em Georg Dahm Reden zu seinem Gedächtnis, Kiel, Ferdinand Hirt. 1964.

SCHWINGE, Erich, Der Irrationalismus in der deutschen Rechtswissenschaft, en Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft, Bonn, 1935.

SCHWINGE, Erich y ZIMMERL, Leopold, Wesensschau und konkretes ordnungsdenken im Strafrecht, Bonn, L. Röhrscheid, 1937.

SÉMELIN, Jacques, Purificar y destruir. Usos políticos de las massacres y genocidios, San Martín, Universidad Nacional de San Martín, 2013.

SENFETT, Heinrich, Richter und andere Bürger, Delphi Politik, 1988.

SHERRILL, Charles H., BISMARCK e MUSSOLINI, Studdio sulla volontà di potenza, Bologna, Zanichelli, 1932.

SIEGERT, Karl, Das Judentum im Strafverfahrensrecht, em Das Judentum in der Rechtswissenschaft. 4. Judentum und Strafrecht, Berlín, Deutscher Rechts, 1936.

- Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, Tübingen, JCB MOHR, 1934.

SOMBART, Nicolaus, Carl SCHMITT- Ein deutsches Schicksal, em Klaus Hansen y Hans Lietzmann (eds.), Carl Schmitt und die Liberalismuskritik, Opladen, 1988.

- Die Deutschen Männer und ihre Feinde. Carl SCHMITT – ein deutsches Schicksal zwischen Männerbund und Matriarchatsmythos, München-Wien, 1997.

- Jugend in Berlin 1933-1943, München-Wien, Hanser, 1984.

SPENGLER, Oswald, Años decisivos, Primera parte: Alemania y la evolución histórica universal, trad. De Luis López-Ballesteros, Madrid, Espasa Calpe, 1934.

SQUELLA, Agustín (dir.), Savigny y la ciencia del derecho, Valparaíso, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1979.

STEFANOPOULOU, Georgia, Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung, en Journal der Juristischen Zeitgeschichte (JoJZG), n 3, ed. Por Thomas Vormbaum, Hagen, 2010.

STEIGMANN-GALL, Richard, Il santo Reich. Le concezioni naziste del cristianesimo, Milano, Baroli,

2005.

STOCK, Ulrich, Die Strafe als Dienst am Volke, Tübingen, JCB Mohr, 1933.

STUCKART, Wilhelm y GLOBKE, Hans, Kommentare zur deutschen Rassegesetzgebung, Beck, 1936.

STUCKART, Wilhelm y SCHIEDERMAIR, Rolf, Rasse und Gesetzgebung, en Rasse und Erbpflege in der Gesetzgebung des Dritten Reiches, Leipzig, 1938.

TANNENBAUM, Edward R., The Action Française. Die-hard Reactionaries in Twentieth-Century France, New York, s.d.

TESAR, Ottokar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Berlín, 1907.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg, 1814.

THULFAUT, Gerit, Kontinuität in der Strafrechtsdogmatik – Ein personelles Problem? Vom Karriereweg des Edmund Mezger, em Pauli, Gerherd y Vormbaum, Thomas (eds.), Justiz und Nationalsozialismus. Kontinuität und Diskontinuität, Berlín, 2003.

- Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962). Eine wissenschaftsgeschichtliche und biographische Untersuchung, Baden-Baden, Nomos, 2000.

TRAVERSO, Enzo, La violenza nazista. Una genealogia, Bologna, Il Mulino, 2002.

TSCHACHER, Werner, Der Formicarius des Johannes Nider von 1437/38. Studien zu den Anfängen der europäischen Hexenverfolgungen im Spätmittelalter, Aachen, Shaker, 2000.

TUCHEL, Johannes, Rechtspflege und Mordaktionen durch die Geheime Staatspolizei, em Ostendorf, Heribert y Danker, Uwe (eds.), Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen, Baden-Baden, 2003.

VIERGE, Bianca, Die Gerichtsbarkeit einer 'Elite'. Nationalsozialistische Rechtsprechung am Beispiel der SS- und Polizei-Gerichtsbarkeit, Baden-Baden, Nomos, 2002.

VOGEL, Joachim, Eflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, ZStW, 115, 2003.

VORMBAUM, Thomas, Diritto e nazionalismo. Due lezioni, Pollenza, Eum, 2013.

- Eduard KOHLRAUSCH (1874-1948). Opportunismus oder Kontinuität?, en fest. 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Berlín, 2010.

Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Heidelberg, Springer, 2011.

- La legislación racial en la Alemania nazi, Revista Penal, n 37, Valencia, enero de 2016.

- (dir.) Journal der juristischen Zeitgeschichte, Institut für juristische Zeitgeschichte Hagen.

WAGNER, Gerhard, Die Nürnberger Judengesetze, Nationalsozialismus, Rassen- und Bevölkerungspolitik, München, 1938.

WALLE, Heinrich, Ein deutsches Schicksal. Zweimal zum Tode verurteilt. Die Tragedie des Oberleutnant zur See Oskar Kusch, em Ostendorf, Heribert y Danker, Uwe (eds.), Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen, Baden-Baden, 2003.

WALTHER, Manfred, Hat der Juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Roadbruch-These, em Dreier, Ralf y Sellert, Wolfgang (eds.), Recht und Justiz im "Dritten Reich", Frankfurt, 1989.

WEBER, Hellmuth von, Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechtes, Reichenberg, 1929.

WEININGER, Otto, Geschlecht und Charakter, 1903.

WELZEL, Hans, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlín, 1975.

- El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, trad. De José Cerezo MIR, Barcelona, 1964.

- Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, Süddeutsche JZ, 1948.

WERLE, Gerhard, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlín, 1989.

WESTPHALEN, Daniela, Karl BINDING (1841-1920). Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelahrten, Frankfurt, Peter Lang, 1989.

WETZEL, Richard F., Inventing the criminal. A history of German Criminology 1880-1945, University of North Carolina Press, 2000.

WOLF, Erik, Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze, ZStW, 54, 1935.

- Vom Wesen des TÄTERS, Tübingen, 1932.

WOLFF, Jörg, Das Jugendstrafrecht zwischen Nationalsozialismus und Rechtsstaat, em Ostendorf, Heribert y Danker, Uwe (eds.), Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen, Baden-Baden, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl, Apuntes sobre el bien jurídico? Fusiones y (com)fusiones, em libro homenaje al Profesor José Hurtado Pozo, Lima, 2012.

- Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI, con introducción de Alberto FILIPPI y presentación de Matías BAILONE, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

- El enemigo en el derecho penal, Bogotá, 2006, Madrid, 2007.

- Estudio preliminar, em Eusebio Gómez, La mala vida em Buenos Aires, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2011 (Colección "Los raros").

- Estudio preliminar, en Lineamientos de Derecho Penal Alemán, trad. De Leonardo BROND, Buenos Aires, Ediar, 2008.

- Estudio preliminar, em Nicolai, HELMUT, La teoría del Derecho conforme a la ley de las razas. Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista, Buenos Aires, CLACSO, 2015.

- Estudio preliminar, em Spee, FRIEDRICH, Cautio Criminalis (Cautela criminal), Buenos Aires, Ediar, 2017.

- Política y dogmática jurídica penal, en José I. Cafferata NORES y E. Raúl ZAFFARONI, Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal", Córdoba, Advocatus, 2002.

- Tratado de derecho penal. Parte General, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982.

ZARKA, Yves-Charles, Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt, Barcelona, Anthropos, 2007.

ZIMMERL, Leopold, Zur Auslegung des 2 StGB, en Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach, Berlín-Leipzig, W. de Gruyter, 1936.

ZUNINO, Pier Giorgio, L'ideologia del fascismo. Miti, credenze e valori nella stabilizzazione del regime, Bologna, Il Mulino, 1995.

O Nazismo é um dos regimes totalitários mais estudados no mundo em razão das atrocidades praticadas contra seres humanos. Hitler colocou em prática sua ideologia nacionalista germânica valendo-se da política e também do direito. O III Reich surgiu e se legitimou no Estado de Direito, embora em patente desrespeito ao que conhecemos hoje como direitos humanos. A sã consciência do povo alemão foi erigida a princípio jurídico de Direito penal, em patente supressão à anterioridade da lei penal. O estabelecimento de um tribunal de exceção, denominado Tribunal do Povo, comandado pelo juiz nazista Roland Freisler, demonstrou que o Direito esteve sintonizado com a banalização do mal. A obra do professor Eugenio Raúl Zaffaroni apresenta o estudo da dogmática penal vigente nos anos do nacional-socialismo. A recente ascensão de regimes de extrema direita no mundo torna o tema atual, pois promove a discussão sobre os argumentos utilizados pelos regimes totalitários na Itália e na Alemanha para justificar as políticas públicas repressivas, violadoras dos direitos humanos.

A obra tem foco nos bastidores sociais e jurídicos que influenciaram e deram estrutura ao regime nacional-socialista, estudando o pensamento dos juristas da época e a compreensão do Direito Penal em vigor naquele tempo. Abordam-se as punições pela origem genética, ascendência, sua forma física, seus defeitos, seus princípios, sua forma de pensar, suas preferências, sua forma de pensar, crenças e ideologias, demonstrando-se que operou-se, em nome dos ideais de supremacia racial, uma aplicação do Direito Penal como instrumento de aniquilação dos estranhos à comunidade nacional-socialista alemã, punindo-se todos aqueles propensos a desestruturar o regime. Também, é tratado o “conceito geral de empreendimento” que, no “direito penal do futuro”, substituiria o conceito de ação e tornaria “a distinção entre tentativa e consumação sem importância”, punindo-se a vontade sem haver qualquer exteriorização dela no mundo dos fatos.

Por fim, há discussões atuais sobre a criminalização de manifestações; imposição de limites à liberdade de expressão; enrijecimento das leis penais; criação de mecanismos para aumentar a punição e seu tempo de duração; repressão do pensamento e até a imposição de doutrinação.



Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-9477-324-1



9 788594 773241